

UNIVERSIDADE DE LISBOA
FACULDADE DE DIREITO



Quando a Protecção da Criança em Perigo
deixa de ser compatível
com o regresso à família de origem

Cristiana Tiviroli Bonfocchi Moniz Ribeiro

MESTRADO EM DIREITO
CIÊNCIAS JURÍDICO-FORENSES

2013

UNIVERSIDADE DE LISBOA
FACULDADE DE DIREITO



**Quando a Protecção da Criança em Perigo
deixa de ser compatível
com o regresso à família de origem**

Cristiana Tiviroli Bonfocchi Moniz Ribeiro

DISSERTAÇÃO ORIENTADA
PELO PROF. DOUTOR
JORGE DUARTE PINHEIRO

MESTRADO EM DIREITO
CIÊNCIAS JURÍDICO-FORENSES

Lisboa, 2013

À minha Mãe.

AGRADECIMENTOS

Apesar de todo o processo solitário que envolve uma dissertação, por mais pequena que seja, todo o trabalho tem contribuições, mais ou menos práticas de terceiros e eu sinto-me muito grata a quem me apoiou e acreditou neste trabalho. Um muito obrigada

Ao meu orientador Prof. Doutor Jorge Alberto Caras Altas Duarte Pinheiro por me ter orientado tão paciente e tão prontamente, por me ter mostrado um bom caminho e me ter acompanhado.

À Dra. Luísa Serra e à Dra. Pascoalina Faria, psicólogas clínicas e amigas pelas orientações e esclarecimentos, quando o âmbito das questões extravasou o Direito.

Ao Dr. Gerry Mulcahy, coordenador do Serviço de Avaliação da Família no *Anna Freud Centre*, em Londres, pela longa entrevista tão gentilmente consentida e pelas obras e estudos indicados, e à equipa do AFC que me recebeu de braços abertos.

À minha muito amada Mãe, por ter sido o meu tecto e o meu chão, o meu apoio incondicional. Sempre.

À minha maravilhosa e brilhante amiga Teresa Gomes por ter lido este trabalho de uma ponta à outra antes de ser entregue e por me ter apoiado sempre.

Ao avô Aires e ao Pai pelas correcções que sugeriram e pelo carinho.

À minha grande amiga Maria de Arruda que me acolheu em Londres durante os quase dois meses de pesquisa na *British Library* e no *Anna Freud Centre*.

Ao meu patrono Sr. Dr. Emanuel de Menezes Lima, à minha família e a todos os amigos que me deram força e estiveram comigo.

ÍNDICE GERAL

DEDICATÓRIA	2
AGRADECIMENTOS	3
ÍNDICE	4
LISTA DE ABREVIATURAS	7
RESUMO	8
PALAVRAS-CHAVE	10
INTRODUÇÃO	11
1. A tutela da criança em perigo no ordenamento jurídico português e o regime do afastamento da criança da família de origem	13
1.1. Normas internacionais e comunitárias	13
1.2. Protecção constitucional: princípio da protecção da infância	16
1.3. Protecção civil	18
1.3.1. Superior Interesse da Criança.....	18
1.3.2. Responsabilidades Parentais	19
1.3.3. Adopção	22
1.4. Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo	25
1.4.1. Objecto	25
1.4.2. Articulação com a Lei Tutelar Educativa e com a Organização Tutelar de Menores	26
1.4.3. Intervenção: princípios orientadores, competência, pressupostos e comunicações	27
1.4.4. Medidas de Promoção e Protecção.....	32
1.4.4.1. Enumeração	32
1.4.4.2. Execução, duração, revisão e cessação	35
1.4.4.3. Processo	37
1.5. Aspectos da tutela da criança em perigo especialmente relacionados com o tema da presente dissertação	41
1.5.1. Prioridade e prevalência de medidas e de princípios	41
1.5.2. Intervenção provisória (artigo 37º. LPCJP)	42
1.5.3. Intervenção com consequências definitivas	43
2. Importância dada pelo ordenamento jurídico português aos laços de sangue e à família biológica	44

2.1. As medidas que permitem a influência dos pais na vida da criança, durante a sua execução	44
2.2. Primado/prevalência da família	48
2.2.1. Artigo 4º., alínea g) da LPCJP	48
2.2.2. O Conceito de verdadeira família e a família como condição	49
2.2.3. A criança como pessoa, ser humano individual	52
2.2.4. O superior interesse da criança em conflito com o princípio da prevalência da família	53
3. Intervenção provisória: importância do perigo para a integridade psíquica e emocional do menor	56
3.1. A psicologia, o direito das crianças e as leis	56
3.2. O conceito de situação de urgência ou emergência no artigo 37º e no artigo 5º., alínea c) do LPCJP	58
3.3. Suspeita leve de crime grave: trauma menor	62
4. Intervenção definitiva – Tempo para uma decisão que defina a situação de vida da criança	68
4.1. O direito à identidade pessoal, à autonomia e ao desenvolvimento da personalidade	68
4.2. O “tempo útil” de criança para o desenvolvimento da personalidade	69
4.3. A importância do sentimento de pertença e da consciência da estabilidade para o desenvolvimento da criança em comparação com as consequências da incerteza e do sentimento de “futuro temporário”	71
4.4. Papel dos intervenientes, a nível profissional e pessoal, na vida da criança e importância destes no processo de promoção e protecção.....	73
5. Proposta para a diminuição dos danos emocionais e dos danos para a integridade psíquica do menor e para uma maior celeridade na decisão que termine com a instabilidade e provisoriedade da situação de vida da criança.....	75
5.1. Alargamento do âmbito da alínea c) do artigo 5º. da LPCJP para se nele enquadrarem as situações de perigo actual ou iminente para a integridade psíquica/emocional e perigo actual e grave para o desenvolvimento da criança.....	75

5.2. A não prevalência ou preferência da medida de acolhimento em instituição sobre a medida de confiança a pessoa seleccionada para a adopção ou a confiança a instituição com vista a futura adopção	77
5.3. A situação-limite que admita, ainda, a aplicação de medidas que permitam o regresso da criança à família de origem	79
5.4. O momento em que a protecção da criança em perigo e do seu futuro deixa de ser compatível com o regresso à família de origem e com a aplicação de medidas de ruptura com a família biológica.....	80
5.5. Alteração da mentalidade relativa à importância excessiva dada à família de sangue para a melhor aplicação das normas/do regime existente	81
5.6. Relação entre a alteração da mentalidade e do tempo	82
5.7. Real cooperação/formação de verdadeira equipa na decisão do futuro do menor	83
5.8. Contacto real entre o decisor (Juiz) e o alvo da decisão (menor)	85
CONCLUSÃO	87
BIBLIOGRAFIA	91

LISTA DE ABREVIATURAS

CC – Código Civil

CDC – Convenção sobre os Direitos das Crianças (Adoptada pela Assembleia Geral nas Nações Unidas em 20 de Novembro de 1989 e ratificada por Portugal em 21 de Setembro de 1990)

CEEDC – Convenção Europeia sobre o Exercício dos Direitos das Crianças (elaborada em Estrasburgo a 25 de Janeiro de 1996, com entrada em vigor na ordem jurídica internacional a 1 de Julho de 2000)

CEFL – Commission on European Family Law/Comissão para o Direito de Família Europeu

CPC – Código de Processo Civil

CPCJ – Comissão de Protecção de Crianças e Jovens

CRP – Constituição da República Portuguesa

DDC – Declaração dos Direitos da Criança (Aprovada por unanimidade em 20 de Novembro de 1959, pela Assembleia Geral da ONU)

DIDGH – Declaração Internacional sobre os dados genéticos humanos

DUDH – Declaração Universal dos Direitos do Homem

ECMIJ – Entidades com Competência em Matéria de Infância e Juventude

LPCJP – Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo

LTE – Lei Tutelar Educativa

MP – Ministério Público

OTM – Organização Tutelar de Menores

RP – Responsabilidades Parentais

R(84) – Recomendação R(84) 4 sobre as Responsabilidades Parentais do Comité de Ministros do Conselho da Europa adoptada em 28/2/1984

Resumo:

No ordenamento jurídico português, os direitos da criança são consagrados e garantidos nas normas de Tratados e Convenções Internacionais, em princípios constitucionais, no Código Civil e em demais legislação nacional, nomeadamente a dedicada exclusivamente aos menores de forma a garantir a sua protecção e a promoção dos seus direitos quando se encontram em perigo.

O incumprimento das responsabilidades parentais pela família, legitima o Estado e a comunidade a intervirem de forma a que a criança veja garantida a segurança, alimentação, educação e afectos necessários ao seu desenvolvimento integral.

O objectivo primário e, ao mesmo tempo, o limite da intervenção do Estado e da comunidade é o zelo e o respeito pelo superior interesse da criança. A intervenção é feita através da adopção de medidas de promoção e protecção que acompanham e apoiam, limitam ou inibem o exercício das responsabilidades parentais pela família de origem. Dentro dessas medidas, distinguem-se as em meio natural e as de colocação. A ordem de enumeração das medidas no artigo 35º da LPCJP diz respeito ao grau de afastamento do menor relativamente à família de origem e não à ordem de preferência de aplicação das medidas, já que a colocação em estabelecimentos ou instituições é encarada como último recurso, entendendo-se preferível a aplicação de medida de confiança com vista a futura adopção, única medida de ruptura total e definitiva com a família de origem, sempre que não se vislumbre séria preocupação da família de origem no bem estar do menor.

A importância real das relações biológicas está muito longe da excessiva importância que lhe é atribuída pela sociedade e que tem sido prejudicial tanto para a celeridade de decisões como para as oportunidades dadas às crianças de viverem no seio de uma família que zele verdadeiramente pelo seu superior interesse.

A morosidade das decisões afecta, por sua vez, o tempo útil da infância para o desenvolvimento integral da criança e agrava a qualidade de vida da criança vítima de maus tratos psicológicos e emocionais, por não serem encarados como motivo de urgência o perigo para a integridade psicológica e as suas consequências.

Abstract:

In Portuguese Law, children's rights are enshrined and guaranteed in International Treaties and Conventions norms, on constitutional principles, in the Civil Code and in other national legislation, including those dedicated exclusively to children to ensure their protection and promotion of their rights when they are in danger.

The failure of parental responsibilities by the family, legitimates the State and the Community to intervene so that its guaranteed to the child the security, food, education and affection necessary for its full development.

The central and primary objective and, at the same time, the limit of the State and Community intervention is the vigilance and respect for the child's best interests. The intervention is done through the adoption of measures for the promotion and protection of children's rights that accompany and support, restrict or inhibit the exercise of Parental Responsibility by the family of origin. They are distinguished between measurements in natural living and placement measures. The order of enumeration of the measures in Article 35 of LPCJP concerns the order of a smaller or grater distance between the minor and the family of origin and not the order of preference of the measures, since placement in institutions is seen as a last resort, it's understood that it is preferable to apply the measure of confidence regarding a future adoption, the only measure that totally and definitively ends the relationship with the family of origin, whenever there are serious doubts about the real concern of the family of origin for the welfare of the minor.

The real importance of biological relationships is very diferent from the exaggerated importance attributed to it by society and that has been detrimental both to the speed of decisions as to the opportunities given to children of living in a family that truly cares for their best interests.

The delay in decisions affects not only the timely childhood to development of the child but also the worsening of the quality of life of the child victim of psychological and emotional abuse, because danger to the psychological integrity and its consequences are not seen as reason for urgent intervention.

Palavras-chave:

Criança em perigo, tempo útil de infância, família de origem, laços de sangue, situação de emergência, dano psicológico.

Keywords:

Child in danger, timely childhood, family of origin, blood ties, emergency, psychological damage.

Introdução

Este trabalho foi pensado e realizado em torno de três temas que muito interesse suscitam na prática do dia-a-dia dos processos de Promoção e Protecção das Crianças e dos Jovens em Perigo: a importância real das relações biológicas, a necessidade da celeridade na decisões definitivas relativas ao futuro do menor analisada em conjunto com o valor do tempo útil da infância para o desenvolvimento integral da criança e, por último, a gravidade dos danos psicológicos e as consequências do valor que lhes é atribuído na LPCJP.

A estrutura desta dissertação respeita um modelo tripartido entre descrição, análise crítica e proposta. Começa-se por fazer uma descrição das normas que regem a protecção e promoção dos direitos das crianças e dos jovens em perigo no ordenamento jurídico português, que vai desde as normas internacionais até às leis nacionais; de seguida é feita a apreciação crítica do regime vigente e, por fim, apresentam-se as propostas que se entendem adequadas e que permitem sustentar as teses defendidas.

Ainda que também se inclua o jovem no desenvolvimento dos pontos deste trabalho, é a protecção da *criança* em perigo que se relaciona especialmente com o tema da presente dissertação. Porque “o conceito de criança em oposição ao conceito de jovem, abrange sobre o ponto de vista biológico e psicológico o primeiro período do desenvolvimento do ser humano, correspondendo tal período ao que decorre entre o nascimento e a adolescência (até cerca dos 12 anos)”¹ e é, nesta dissertação, essencial defender a importância da celeridade da tomada de decisões relativas ao futuro da criança, em particular, do afastamento definitivo ou retorno à família de origem, dentro deste primeiro período.

Durante a fase de pesquisa foram entrevistados vários psicólogos clínicos, entre os quais a Sra. Dra. Luísa Serra, licenciada pelo Instituto Superior de Psicologia Aplicada, mestre em Psicologia Clínica, e a Sra. Dra. Maria Pascoalina Faria, Licenciada e Mestre em Psicologia Clínica pelo Instituto Superior de Psicologia Aplicada, e entrevistado o Sr. Dr. Gerry Mulcahy, coordenador do Serviço de Avaliação da Família no *Anna Freud Centre*, em Londres.

¹ BORGES, Beatriz Marques “Protecção de Crianças e Jovens em Perigo. Comentários e Anotações à Lei n.º 147/99 de 1 de Setembro” 2ª edição. Almedina, 2011. pp. 29 e 30

Visitou-se o *Anna Freud Centre*, em Londres, por se tratar de uma instituição de caridade nacional com uma reputação mundial, dedicada ao bem-estar emocional das crianças, que reúne uma equipa multidisciplinar que conta, entre outros, com pedopsicoterapeutas e pedopsiquiatras, gerente registrado para Qualidade da Assistência, técnicos de serviço de apoio familiar, profissionais de psicologia infantil e de terapia familiar, técnicos de avaliação dos Tribunais, técnicos do Serviço Social, tutores e pesquisadores que trabalham em conjunto, focando-se no superior interesse das crianças com problemas emocionais causados muitas vezes pelo ambiente familiar, e desenvolvendo, entre outras acções, programas para a melhoria das relações sociais da criança com vista ao seu desenvolvimento saudável.

É esta cooperação multidisciplinar que se vem defender como fundamental e eficaz ao longo do processo de promoção e protecção de crianças e jovens em perigo, para uma boa decisão por parte do decisor final relativa ao futuro do menor.

Este trabalho aborda também a importância das relações biológicas e dos laços de sangue, a importância do crescimento do menor em ambiente familiar e do pleno aproveitamento do tempo útil de infância para o desenvolvimento integral da criança, a importância da celeridade das decisões nos processos de promoção dos direitos e protecção das crianças e jovens em perigo e a prioridade das medidas de promoção e protecção a aplicar.

Todas estas questões estão interligadas e têm influência recíproca, pelo que, neste trabalho, se faz uma análise desta interligação e da reciprocidade de forma a que se chegue ao limiar que se entende fazer a separação entre a situação-limite que admite, ainda, a aplicação de medidas que permitem o regresso da criança à família de origem e o momento em que o regresso da criança ou do jovem à família de origem não mais é compatível com a sua protecção. Analisando-se a protecção tanto numa perspectiva a curto prazo, dentro ainda da infância ou adolescência, isto é, de um futuro próximo, como numa perspectiva a longo prazo que considera as consequências para a qualidade de vida adulta do menor e para o seu comportamento em sociedade.

1. A tutela da criança em perigo no ordenamento jurídico português e o regime do afastamento da criança da família de origem.

1.1. Normas internacionais e comunitárias

O primeiro passo para que os direitos da criança fossem equacionados no plano de uma organização internacional foi dado em **1919** com a criação do Comité de Protecção da Infância pela Sociedade das Nações, fundada pelas potências vencedoras da I Guerra Mundial.

Em **1923**, foi aprovada a primeira versão da Declaração dos Direitos da Criança e, na sequência desta, em **1924** foi proclamada a declaração de Genebra. Assim, a primeira referência a "direitos da criança" num instrumento jurídico internacional surge quando a Declaração reconhece que "a criança deve ser protegida independentemente de qualquer consideração de raça, nacionalidade ou crença, deve ser auxiliada, respeitando-se a integridade da família e deve ser colocada em condições de se desenvolver de maneira normal, quer material, quer moral, quer espiritualmente."

Nos termos da Declaração, "a criança deve ser alimentada, tratada, auxiliada e reeducada; o órfão e o abandonado devem ser recolhidos. Em tempos de infortúnio, a criança deve ser a primeira a receber socorros. A criança deve ser colocada em condições de, no momento oportuno, ganhar a sua vida, deve ser protegida contra qualquer exploração e deve ser educada no sentimento de que as suas melhores qualidades devem ser postas ao serviço do próximo."

Em **1959**, a Assembleia Geral das Nações Unidas proclamou a **Declaração dos Direitos da Criança** (DDC) manifestando a necessidade de se proporcionar à criança os meios adequados ao seu desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, de forma sadia e normal e em condições de liberdade e dignidade, considerando-se a sua condição frágil, imatura física e intelectualmente e a sua necessidade de protecção e cuidados especiais tanto no plano legislativo como político, social, de saúde e educação. (*Resolução 1386 da Assembleia Geral das Nações Unidas de 20.11.1959*)

Mais tarde surge a **Convenção sobre os Direitos da Criança** aprovada pela O.N.U. em 1989 e ratificada em Portugal em 1990 é, em par com a Declaração dos

Direitos da Criança, o outro diploma legal internacional que se destaca na consagração dos Direitos da Criança.

A Convenção releva no preâmbulo as disposições da Declaração sobre os princípios sociais e jurídicos aplicáveis à protecção e bem-estar das crianças, com especial referência à adopção e colocação familiar nos planos nacional e internacional; o conjunto de regras mínimas das nações unidas relativas à administração da Justiça para menores e a Declaração sobre protecção de mulheres e crianças em situação de emergência ou de conflito armado.

A Convenção é o instrumento de direitos humanos que obteve maior apoio na história de organizações internacionais.

Outro diploma legal de relevo é a **Convenção Europeia sobre o Exercício dos Direitos das Crianças**, elaborada em Estrasburgo a 25 de Janeiro de 1996, que Portugal assinou a 6 de Março de 1997 e que entrou em vigor na ordem jurídica internacional a 1 de Julho de 2000.

O texto prevê medidas destinadas a promover os direitos das crianças, particularmente em processos familiares que decorram perante um tribunal, nomeadamente os relativos à custódia, residência, direito de visita, questões de filiação, adopção, tutela, administração de bens, assistência educativa, regulação do poder paternal, protecção contra os tratamentos cruéis e degradantes e tratamentos médicos.

Esta CEEDC contém um conjunto de medidas processuais que permitem às crianças fazer valer os seus direitos e garantir-lhes a sua participação em todos os procedimentos que as afectam.

De entre os direitos da criança consagrados nestes três diplomas legais internacionais, pode destacar-se o direito a uma parentalidade responsável para acompanhar o “desenvolvimento sem descontinuidades graves (o direito a nascer e a crescer numa família em que seja amado, respeitado e ajudado como filho biológico ou adoptivo, ou, na impossibilidade de tal, o direito de ser apoiado no seu crescimento e aquisição de autonomia mediante soluções de tipo familiar ou institucional que garantam acompanhamento individualizado e dinâmico, com qualidade afectiva e educacional)”².

² LEANDRO, Armando Gomes “Protecção dos Direitos da Criança em Portugal” in *Direitos das Crianças*. Coimbra Editora, 2004. p. 109

A CDC, de 1989, é o instrumento que mais contribuiu para a mudança de perspectiva na abordagem dos direitos da criança. Na sua forma de convenção implicou obrigações para os Estados e o dever de prestação de contas de quatro em quatro anos ao Comité dos Direitos da Criança e, no seu conteúdo, incorporou os direitos civis e políticos.

Define a criança como todo o ser humano com menos de dezoito anos (art.º 1.º) e estabelece que todos os direitos se aplicam a todas as crianças sem excepção (art.º 2.º) e que todas as decisões que digam respeito à criança devem ter plenamente em conta o seu interesse superior (art.º 3.º).

A criança tem direito a um nome desde o nascimento e também o direito de adquirir uma nacionalidade (art.º 7.º), competindo aos Estados a obrigação de proteger e, se necessário, de restabelecer os aspectos fundamentais da identidade da criança, incluindo o nome, a nacionalidade e relações familiares (art.º 8.º).

No âmbito da cobertura noticiosa dos média e do papel que estes desempenham na sociedade, a Convenção estabelece um conjunto de direitos relevantes neste âmbito, nomeadamente que a criança tem o direito de exprimir livremente a sua opinião sobre questões que lhe digam respeito e de ver essa opinião tomada em consideração (art.º 12.º), tem o direito de exprimir os seus pontos de vista, obter informações, dar a conhecer ideias e informações, sem considerações de fronteiras (art.º 13.º) e que tem o direito de ser protegida contra intromissões na sua vida privada, na sua família, residência e correspondência, e contra ofensas ilegais à sua honra e reputação (art.º 16.º).

Os Estados reconhecem a função exercida pelos órgãos de comunicação social e compete-lhes garantir à criança o acesso a uma informação apropriada e a materiais provenientes de fontes diversas, e encorajar os média a difundir informação que seja de interesse social e cultural para a criança (art.º 17.º). Devem ainda favorecer a elaboração de princípios orientadores adequados à protecção da criança contra a informação e documentos prejudiciais ao seu bem-estar, nos termos dos artigos 13.º e 18.º (relativos à liberdade de expressão e responsabilidade dos pais).

Aduz outros aspectos que se relacionam com os média, como seja o incentivo para que disseminem informações e materiais de interesse social e cultural para a criança e em conformidade com o espírito do artigo 29.º (objectivos da educação). O incentivo à cooperação internacional na produção, intercâmbio e divulgação de materiais procedentes de diversas fontes culturais, nacionais e internacionais, à

produção e difusão de livros para crianças e a que os meios de comunicação tenham uma especial atenção às necessidades linguísticas da criança que pertença a um grupo minoritário, constituem outros dos aspectos que se relacionam com os média.

1.2. Protecção constitucional: princípio da protecção da infância

A criança como sujeito de direitos está abrangida pelos direitos fundamentais que a Constituição consagra no seu Título I e também pelos direitos, liberdades e garantias pessoais consagrados no Capítulo I do diploma fundamental. É expressamente designada como menor no Título II, Capítulo I (Direitos, liberdades e garantias pessoais), quando alude à situação do menor sujeito a medidas de protecção, assistência ou educação em estabelecimento adequado determinado pelo tribunal judicial competente (art.º 27.º) e no Título III, Capítulo I (Direitos e deveres económicos), que consagra a especial protecção do trabalho de menores (art.º 59.º).

No artigo 36.º (Família, casamento e filiação) consagra-se o direito de todos a constituir família e a contrair casamento em condições de plena igualdade, estabelecendo-se iguais direitos e deveres dos cônjuges “quanto à capacidade civil e política e à manutenção e educação dos filhos”. O artigo 36º é o corolário do princípio da igualdade, que visa a promoção do desenvolvimento intelectual, moral e físico da criança, com clara protecção dos interesses da criança, não podendo ser alvo de discriminações, estipulando-se que “os filhos nascidos fora do casamento não podem, por esse motivo, ser objecto de qualquer discriminação e a lei ou as repartições oficiais não podem usar designações discriminatórias relativas à filiação”, como as de “filho ilegítimo”, “natural”, ou quaisquer outras que não se limitem a mencionar apenas o puro facto do nascimento fora do casamento dos progenitores. Sob o ponto de vista material, também não é permitida qualquer discriminação, pois não poderá criar-se para os filhos nascidos fora do casamento um estatuto de inferioridade em relação aos outros que não decorra de insuperáveis motivos derivados do próprio facto do nascimento fora do casamento.

Em consequência foram revogadas as regras de direito civil que atribuíam melhores direitos sucessórios aos filhos “legítimos” em relação aos “ilegítimos” e que limitavam o reconhecimento de certas categorias de filhos “ilegítimos”.

Prevê-se, ainda, que “os pais têm o direito e o dever de educação dos filhos”, isto é, que a relação de poder/dever incumbe aos pais na prossecução do

desenvolvimento cultural e educação, salvaguardando-se as necessidades afectivas da criança, estabelecendo-se a contrario que os filhos podem ser separados dos pais quando estes não cumpram os seus deveres fundamentais para com eles, mas sempre mediante decisão judicial.

Assume o Estado a protecção da família, enquanto elemento fundamental da sociedade. Através do artigo 67.º, reconhece a CRP, assegura a protecção da família e promove o acesso à educação. Neste artigo incumbem-se ao Estado os deveres de promover a independência social e económica dos agregados familiares; desenvolver uma rede nacional de assistência materno-infantil e realizar uma política de terceira idade; cooperar com os pais na educação dos filhos; promover, pelos meios necessários, a divulgação dos métodos de planeamento familiar e organizar as estruturas jurídicas e técnicas que permitam o exercício de uma paternidade consciente e regular os impostos e os benefícios sociais de harmonia com os encargos familiares.

Nos artigos 68º (maternidade) e 69º (infância) é consagrada a protecção da paternidade e maternidade enquanto valores sociais.

O Estado “reconhece a maternidade como valor social eminente, protegendo a mãe nas exigências específicas da sua insubstituível acção quanto à educação dos filhos e garantindo a sua realização profissional e a sua participação na vida cívica do país”.

Assegura-se o direito das mulheres trabalhadoras a um período de dispensa do trabalho, antes e depois do parto, sem perda da retribuição e de quaisquer regalias. Atribui-se às crianças o Direito à protecção da sociedade e do Estado, com vista ao seu desenvolvimento integral, e contra todas as formas de opressão contra o exercício abusivo da autoridade da família e demais instituições, particularmente as crianças órfãs e as abandonadas.

No artigo 70.º (Juventude) garante-se aos jovens, e em especial aos jovens trabalhadores, protecção especial para efectivação dos seus direitos económicos, sociais e culturais. Entre eles, o acesso ao ensino, à cultura e ao trabalho; a formação e promoção profissional; a educação física, desporto e aproveitamento dos tempos livres.

Estabele-se neste artigo que “a política de juventude deverá ter como objectivos prioritários o desenvolvimento da personalidade dos jovens, o gosto pela criação livre e o sentido de serviço à comunidade”. Para tal, o Estado fica obrigado a

fomentar e auxiliar as organizações juvenis na prossecução destes objectivos, em colaboração com as escolas, as empresas, as organizações populares de base e as colectividades de cultura e recreio. Ficando, assim, consagrada a protecção do desenvolvimento intelectual e social, enquanto concretização de um conjunto de direitos.

1.3. Protecção civil

1.3.1. Superior interesse da criança

O conceito de superior interesse da criança encontra-se expressamente referido em mais do que uma norma legal internacional, sendo hoje aceite como base dos direitos fundamentais da criança.

“A criança gozará de protecção especial e deverão ser-lhe dadas oportunidades e facilidades através da lei e outros meios para o seu desenvolvimento psíquico, mental, espiritual e social num ambiente saudável e normal e em condições de liberdade e dignidade. Na elaboração das leis com este propósito, o superior interesse da criança constituirá a preocupação fundamental.” (Princípio 2º da Declaração dos Direitos da Criança de 1959)

“Todas as decisões relativas a crianças, adoptadas por instituições públicas ou privadas de protecção social, por tribunais, autoridades administrativas, ou órgãos legislativos, terão primacialmente em conta o interesse superior da criança.” (Artigo 3º da Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989)

“A responsabilidade de educar a criança e de assegurar o seu desenvolvimento cabe primacialmente aos pais, e, sendo caso disso, aos representantes legais. O interesse superior da criança deve constituir a sua preocupação fundamental”. (Artigo 18º, número 1, da Convenção sobre os Direitos da Criança)

Já na Constituição da República Portuguesa o superior interesse da criança é consagrado não directamente mas como um conjunto de princípios.

Este conjunto de princípios tem como essência a protecção dos direitos, liberdades, garantias e interesses da criança e a promoção do seu desenvolvimento integral e constam nos artigos referidos no ponto 1.2..

A CRP dá à criança a garantia da sua individualidade ao mesmo tempo que lhe garante a integração numa estrutura familiar e numa sociedade como membro activo, ficando reservado para o Estado o papel de regulador e garante do cumprimento desses princípios.

Assim, também no Código Civil, com base na protecção constitucional e internacional, o superior interesse da criança está consagrado como critério relevante das decisões.

Ao abrigo do artigo 1878.º deste Código, referente ao conteúdo das responsabilidades parentais, “competem aos pais, no interesse dos filhos, velar pela segurança e saúde destes, prover ao seu sustento, dirigir a sua educação, representá-los, ainda que nascituros, e administrar os seus bens”.

Determina-se que os filhos devem obediência aos pais. No entanto, e quando for suficiente a maturidade dos filhos, deve ser tida em conta a opinião dos filhos nos assuntos familiares importantes e deve ser-lhes reconhecida autonomia na organização da própria vida.

No Artigo 1905.º do mesmo Código, dedicado aos alimentos devidos ao filho em caso de divórcio, separação judicial de pessoas e bens, declaração de nulidade ou anulação do casamento, determina-se o dever dos pais em promover e zelar pela segurança, educação e sustento dos filhos e ainda que os alimentos devidos aos filhos e a forma de os prestar terão que respeitar imperativamente o superior interesse do menor.

Sendo, embora, o conceito legal de superior interesse da criança sempre indefinido, a melhor maneira de se conceber o seu verdadeiro alcance será integrar nele todos os direitos fundamentais da criança que sigam o propósito de garantir a vida, a integridade pessoal, a dignidade, a saúde, a segurança, o desenvolvimento saudável e, assim, o desenvolvimento integral da criança, através das normas constitucionais, internacionais e civis.

1.3.2. Responsabilidades parentais

As crianças e os jovens estão sujeitos às responsabilidades parentais até aos 18 anos ou até se emanciparem.

Essas responsabilidades parentais permitem que não tenham, eles mesmos, que zelar pela sua própria segurança, saúde, sustento, educação, ou administrar os seus bens.

Segundo Paulo Guerra³, as responsabilidades parentais são sempre guiadas pelo interesse do filho menor não emancipado e, por isso, sindicadas e monitorizadas pela ordem pública. O autor define-as como o “estabelecimento das ideais ou das possíveis condições sociais, materiais e psicológicas da vida de um filho, geradas pela participação responsável, motiva e coordenada de ambos os progenitores, acção essa que garanta a inserção daquele num optimizante e gratificante núcleo de vida, claramente propiciador do seu desenvolvimento emocional, físico e cívico e da obtenção da sua “cidadania social””.

As fontes do instituto das responsabilidades parentais encontram-se espalhadas por vários diplomas legais:

- CRP (artigos 13º, 26º/1, 36º/5 e 6, 67º, 68º, 69º e 70º)
- CDC (artigos 9º, 18º e 27º)
- R(84)
- OTM (artigos 146º a 161º, 174º a 189º, 191º a 193º e 210º)
- Lei nº.75 de 19/11 e DL 164/99 de 13/5 (Fundo Garantia de Alimentos devidos pelo Estado a menores)
- CPC (302º a 304º, 1409º a 1411º)
- Código Civil

É no Código Civil que as normas que integram o instituto das responsabilidades parentais são mais detalhadamente desenvolvidas, regulando-se a capacidade jurídica dos menores (art. 122º a 129º), a maioridade e emancipação (art. 130º a 133º), os efeitos da filiação (1874º a 1876º), os princípios gerais (art. 1877º a 1884º), as RP relativamente à pessoa do filho (art. 1885º a 1887º-A), as RP relativamente aos bens do filho (1888º a 1900º).

As normas relativas ao Exercício das RP encontram-se entre os artigos 1901º e 1912º do Código Civil. O Exercício das RP pode ser **conjunto**, sendo este o regime imperativo, **unilateral ou singular**, por decisão fundamentada do Tribunal que assegure o melhor interesse do filho, ou **misto**, quando o filho se encontre confiado apenas a um dos pais, mas ambos partilhem as decisões relativas aos vários aspectos da sua vida.

³ GUERRA, Paulo “As Responsabilidades Parentais – as quatro mãos que embalam o berço” in *Estudos em Homenagem a Rui Epifânio*, Almedina, 2010.

O Exercício conjunto das responsabilidades parentais é imperativo pois “sabemos que a responsabilização de ambos os progenitores para as questões de particular importância da vida do menor impõe-se como critério basilar no âmbito das responsabilidades parentais. O novo instituto, independentemente do momento em que foram reguladas, pretende centrar-se no supremo interesse da criança, criando e potenciando a intervenção conjunta de ambos os progenitores, acautelando, deste modo, o desenvolvimento “equilibrado” dos menores”⁴.

O Exercício das RP pode ser também **limitado**, quando o filho está entregue a terceiras pessoas ou a estabelecimento de educação ou assistência, ou **inibido**, quando não mais vai de encontro ao superior interesse do menor o exercício das RP pelos seus progenitores. A previsão destas situações encontra-se definida nos artigos 1913º a 1920º-A do CC.

Relacionadas com as RP são ainda as normas do C.C. constantes nos artigos 1920º-C e D, 1921º a 1972º e 2003º a 2014º, relativas, respectivamente, ao registo das decisões, à tutela e administração de bens como forma de suprimento do exercício das RP e aos alimentos.

Assim, os progenitores têm o direito e o dever de educar os filhos, assim como tomar conta dos seus interesses. Essa defesa dos seus interesses implica responsabilidades, sejam as de tomar decisões quotidianas de menor importância ou nas questões de particular importância para a vida do filho. Estas questões podem relacionar-se com saídas dos filhos para o estrangeiro, intervenções cirúrgicas, escolha de ensino particular ou oficial, educação religiosa, representação processual, entre outras.

Onde existem responsabilidades existe, também, possibilidade do seu incumprimento.

O incumprimento das RP pode surgir de diversas formas: com a falta de acordo porque um dos progenitores desapareceu, ausentou-se, deixou de cooperar ou responder; com a decisão sem acordo mútuo ou, na tentativa de acordo, ser necessária a intervenção do Tribunal por divergirem as opiniões dos progenitores em questões de particular importância.

⁴ MIMOSO, Maria João “Parecer Jurídico Alteração da Regulação das Responsabilidades Parentais” in *Compilações Doutrinais*. Editora Verbo Jurídico. Novembro 2012. p. 11

1.3.3. Adopção

A adopção é, primeiramente, considera-se, um direito. Não um direito a adoptar, mas um direito a ser adoptado, i.e., o direito da criança e não dos candidatos a adoptantes. A criança que não tem pais é titular deste direito a apoiar-se na maternidade e na paternidade, a ser adoptado por uma família.

No ordenamento jurídico português o Direito à Família é reconhecido como um direito fundamental e essencial ao desenvolvimento integral da criança. Assim, quando uma criança não encontra na família de origem uma família que lhe permite um desenvolvimento integral, num ambiente familiar, com um crescimento saudável a nível físico, emocional ou cognitivo, tem o Estado o dever de assegurar a integração da criança numa família. É indiscutível que a adopção é um maior garante de um ambiente familiar do que o acolhimento numa instituição. É por isto que se defende que a adopção é um direito da criança.

Pelo contrário, não se entende que se possa falar num direito a adoptar. Pelas palavras de Maria Fernanda Salvaterra “o suposto direito dos pais adoptantes desvanece-se quando é considerado o direito do filho que se adopta. Se os pais tivessem o direito a adoptar, então os filhos teriam o dever de ser adoptados por esses pais” e “nem a natureza, nem a sociedade, nem as leis, nem a “necessidade” de paternidade dos casais inférteis, ou dos candidatos singulares ou dos homossexuais, nem nenhuma outra razão pode legitimar e dar razão ao suposto direito aos pais de adoptar”⁵.

Com isto não pretende, de formal alguma, dizer que, apesar de existir um direito da criança a ser adoptada, exista um dever dos casais de adoptar filhos. Este direito consistirá no dever do Estado a fazer todos os esforços possíveis para integrar a criança numa família.

A adopção surgiu, em Portugal, como resposta a práticas comuns de abandono de crianças por motivos morais, sociais ou mesmo económicos.

O instituto da adopção foi regulado em Portugal, pela primeira vez, nas

⁵ SALVATERRA, Maria Fernanda “Vinculação e Adopção”, UNL, ISPA, *Dissertação de Doutoramento em Psicologia Aplicada - Psicologia Do Desenvolvimento*. 2007. pp. 29 e 30.

Ordenações Afonsinas e Manuelinas com o intuito de conceder ao adoptado a condição de herdeiro.

Mais tarde, o legislador erradicou a adopção do sistema jurídico português, o Código de Seabra, Código Civil de 1867, não contemplava o instituto.

A adopção é (re)introduzida no nosso regime jurídico com o Código Civil de 1966 (Decreto-Lei no 47344, de 25 de Novembro de 1966) e, mais tarde, mais assumidamente, na reforma de 1977 (Decreto-Lei no 496/77, de 25 de Novembro).

No início a adopção visava prioritariamente os interesses do adulto adoptante, gradualmente foi-se tendo mais como objectivo central os interesses da criança e a defesa dos seus direitos, tornando-se um instituto da criança.

As normas que, actualmente, regem o instituto da Adopção vêm previstas no Título IV do Código Civil, dos artigos 1973º a 2002º, na OTM, no Capítulo II, Secção I, entre os artigos 162º e 173º, onde se encontram as normas que regulam o processo de adopção, e no Decreto-Lei n.º 185/93 de 22 de Maio, o Regime Jurídico da Adopção, actualizado pela última vez aquando da publicação da Lei n.º 28/2007, de 2 de Agosto, e que veio trazer modificações ao Código Civil, à Organização Tutelar de Menores, bem como revogar o Decreto-Lei n.º 274/80, de 13 de Agosto.

No ordenamento jurídico português, a adopção é o vínculo constituído por sentença judicial que, à semelhança da filiação natural mas independentemente dos laços de sangue, se estabelece legalmente entre duas pessoas. O Tribunal com competência para julgar e proferir a sentença é o Tribunal de Família ou de Comarca.

Este processo é instruído com um inquérito que averigua tanto a situação do menor (desenvolvimento, saúde e situação familiar e jurídica) como a situação do candidato a adoptante (personalidade e a saúde, idoneidade para criar e educar o menor, situação familiar e económica e razões determinantes do pedido de adopção).

O potencial candidato a adoptante deve apresentar reais vantagens para o menor e fundar-se em motivos legítimos, não esquecendo, no entanto, que a adopção não deve implicar sacrifício injusto para os outros filhos, e que é necessário verificar-se a possibilidade de, entre o menor e o candidato, se estabelecer um vínculo semelhante ao da filiação.

O menor, futuro adoptado, não pode ser adoptado por duas pessoas, a não ser que estas sejam casadas entre si ou a viver em união de facto, e, antes de ser proferida sentença, o menor tem de estar ao cuidado do adoptante o tempo que se entender necessário para se verificar se existe conveniência na adopção.

A medida de promoção e protecção de confiança a pessoa seleccionada para a adopção ou a instituição com vista a futura adopção constante na alínea g) do artigo 35º e no artigo 38º-A da LPCJP, com remissão para o artigo 1978º do Código Civil, e que permite esta entrega do menor que precede a adopção, tem de ser aplicada judicialmente. Existe a possibilidade de confiança administrativa quando a decisão resulta do organismo de segurança social da área de residência do candidato a ser pai/mãe adoptivo, que entregue o menor a este ou confirme a permanência do menor a seu cargo. Todos os procedimentos preliminares e o processo de adopção, em si, têm carácter sigiloso.

A adopção pode ser plena, restrita, ou tratar-se de um regime transitório de adopção.

No regime de adopção plena, podem adoptar duas pessoas casadas há mais de quatro anos e não separadas judicialmente de pessoas e bens ou de facto, se ambas tiverem mais de 25 anos; quem tiver mais de 30 anos, ou mais de 25 anos se o menor a adoptar for filho do cônjuge de quem quer adoptar; quem não tiver mais de 60 anos à data em que o menor lhe tenha sido confiado, salvo se o menor a adoptar for filho do cônjuge do adoptante; excepcionalmente, quem tiver menos de 60 anos à data em que o menor lhe tenha sido confiado, desde que não seja superior a 50 anos a diferença de idades entre quem adopta e o menor ou, pelo menos, entre este e um dos cônjuges que vai adoptar.

Podem ser adoptados os menores filhos do cônjuge de quem quer adoptar e os menores que tenham sido confiados judicial ou administrativamente a quem quer adoptar.

O menor a adoptar deve ter menos de 15 anos à data da entrada do processo no tribunal. Pode, no entanto, ser adoptado quem nessa data tenha menos de 18 anos, se não for emancipado, quando desde idade não superior a 15 anos, tenha sido confiado a quem o quer adoptar ou quando for filho do cônjuge de quem o quer adoptar.

No regime de adopção restrita, pode adoptar quem tiver mais de 25 anos e quem não tiver mais de 60 anos à data em que o menor lhe tenha sido confiado, salvo se o adoptando for filho do cônjuge do adoptante.

No regime de adopção restrita os efeitos são mais limitados que os da adopção plena. O menor adoptado conserva todos os direitos e deveres em relação à família natural, salvo algumas restrições estabelecidas na lei, e não é, assim como os seus descendentes, herdeiro legítimo ou legitimário dos adoptantes ou dos seus parentes,

nem ficam estes reciprocamente vinculados à prestação de alimentos, ao contrário do que acontece na adopção plena onde o menor adoptado adquire a situação de filho do adoptante e integra-se, com os seus descendentes, na família deste, extinguindo-se as relações familiares entre o menor adoptado e os seus ascendentes e colaterais naturais.

A adopção restrita pode ser revogada se os pais adoptivos não cumprirem os seus deveres, o que não acontece na adopção plena.

No regime transitório de adopção, pode adoptar plenamente quem não tiver 60 anos de idade à data em que passou a ter o menor a seu cargo, independentemente da diferença de idades entre o menor e quem o adopta se tiver o menor a seu cargo por período não inferior a um ano, em condições que permitam estabelecer um vínculo semelhante ao da filiação, desde que o requeira ao tribunal competente no prazo máximo de dois anos.

1.4. Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo

1.4.1. Objecto

A Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo, aprovada pela Lei n° 147/99 de 1 de Setembro, entrou em vigor em 2001. Esta Lei tem como objecto a “promoção dos direitos e a protecção das crianças e dos jovens em perigo, por forma a garantir o seu bem-estar e desenvolvimento integral”, como consta do seu artigo 1°.

A matéria aqui regulada traduz a produção legislativa que vinha há muito sendo organizada, embora acompanhada de uma fraca produção jurisprudencial e doutrinal, isto é, a produção legislativa mostra-se a nível de progresso muito superior à sua aplicação pela jurisprudência ou interpretação pela doutrina.

Com a entrada em vigor desta lei, evolui-se na consideração da criança como actor social, titular de direitos, fazendo-se a importante distinção entre as crianças e jovens em perigo e as crianças e jovens infractores, sem prejuízo de se reconhecer que muitos jovens que praticam actos criminosos também necessitam de protecção, atenta a sua vulnerabilidade social e económica.

Assim, como se disse, esta lei tem como objecto proteger e promover os direitos das pessoas com menos de 18 anos, ou com menos de 21 se a intervenção do Estado e da comunidade começou antes dos 18 anos, que se encontrem em situações de perigo actual ou iminente para a vida ou integridade física.

Como já foi supra referido, ainda que também se inclua o jovem, é a protecção da criança em perigo que se relaciona especialmente com o tema da presente dissertação, porque “o conceito de criança em oposição ao conceito de jovem, abrange sobre o ponto de vista biológico e psicológico o primeiro período do desenvolvimento do ser humano, correspondendo tal período ao que decorre entre o nascimento e a adolescência (até cerca dos 12 anos)”⁶ e é, nesta dissertação, essencial defender a importância da celeridade da tomada de decisões relativas ao futuro da criança, em particular, do afastamento definitivo ou retorno à família de origem dentro deste primeiro período.

1.4.2. Articulação com a Lei Tutelar Educativa e com a Organização Tutelar de Menores

É a importante distinção entre as crianças e jovens em perigo e as crianças e jovens infractores que leva à necessidade de articulação entre a LPCJP e a LTE.

Se estiver em causa a situação de um jovem infractor, i.e., com idade entre os 12 e os 16 anos, a sua situação é regulada pela LTE. Se o infractor tiver menos de 12 anos, ou seja, se for uma criança, é a LPCJP que regula a sua situação. O que significa que a distinção entre criança infractora e criança em perigo não se vislumbra tão benéfica na prática porque ambas são acolhidas numa mesma instituição. Este facto “indicia a recusa de um modelo de separação total entre a intervenção tutelar educativa”⁷.

Assim, se a situação das crianças infractoras é regulada pela LPCJP, que visa a promoção dos direitos e a protecção das crianças e jovens em perigo, como faria sentido que tais processos fossem da competência material dos Tribunais Criminais se na índole dos processos regulados na LPCJP não estão em causa comportamentos enquadráveis numa perspectiva jurídico-penal? (*cf. Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 18/11/2002*⁸) E desta forma, neste ponto, não existe entre o regime

⁶ BORGES, Beatriz Marques “Protecção de Crianças e Jovens em Perigo. Comentários e Anotações à Lei n.º 147/99 de 1 de Setembro” Almedina, 2011. pp. 29 e 30

⁷ PINHEIRO, Jorge Duarte “O Direito da Família Contemporâneo”, 3ª Edição A.A.F.D.Lisboa, 2010. p. 391.

⁸

<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/c01be2e42cacb3bf80256cd7003a167f?OpenDocument>

aplicável às crianças em perigo e o aplicável às crianças infractoras qualquer distinção.

Outro momento onde se mostra necessário haver articulação não tanto entre as normas mas entre o espírito destas duas leis, é perante situações em que os menores praticam actos que não cabem na LTE, por não terem idade ou por não terem cometido crime grave, nem na LPCJP, por ser um regime muito aberto, ou seja, situações não acauteladas nem pela LPCJP nem pela LTE.⁹

Há, na articulação entre a LPCJP e a OTM, entre os pontos principais, o regime constante nos artigos 69º e 70º da LPCJP e 148º, nº.2, da OTM relativo às comunicações obrigatórias e o constante nos artigos 81º LPCJP e 154º OTM, relativo à apensação processual.

1.4.3. Intervenção: princípios orientadores, competência, pressupostos e comunicações

Se as crianças e os jovens estão sujeitos às responsabilidades parentais e se os pais ou responsáveis pela criança incumprem os seus deveres então é neste incumprimento, quando os pais falham no zelo pela segurança, alimentação, educação, atenção e afectos do filho, que é necessário que outro alguém zeze pelo bem estar e pelos interesses da criança. É neste momento que a criança se encontra “em perigo” – conceito que será melhor desenvolvido no ponto 3.2 – que o Estado será o “outro alguém” que, em conjunto com a comunidade, não só substituirá os pais parcialmente como, se necessário, inibirá por completo as responsabilidades parentais se tal for de encontro ao superior interesse da criança em perigo.

Os princípios que orientam esta intervenção do Estado são o do superior interesse da criança – abordado no anterior ponto 1.3.1 e ao qual se dará especial atenção infra – da privacidade, da intervenção precoce, mínima, proporcional e actual, da audição obrigatória da criança e dos pais ou de quem tem a guarda de facto da criança e estão previstos no artigo 4º da LPCJP.

⁹ SANTOS, Boaventura de Sousa *et al.*, Relatório “Os Caminhos Difíceis da “Nova” Justiça Tutelar Educativa. Uma avaliação de dois anos de aplicação da Lei Tutelar Educativa”. Observatório Permanente da Justiça Portuguesa do Centro de Estudos Sociais da Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra, 2004, pp. 280 a 299

A intervenção, a maneira como decorre e os resultados desta, devem ter em conta, sempre e em primeiro lugar, aquilo que é mais benéfico para a criança, i.e., o superior interesse da criança. Embora em algumas situações haja intervenientes e decisores que se refiram àquilo que é “menos mau” para a criança entre as hipóteses que se mostram exequíveis.

Esta intervenção deve ser exercida sempre com respeito pela **privacidade** (artigo 4º, alínea b) LPCJP) do menor, a sua intimidade, o seu direito à imagem e reserva da vida privada. Nem seria justo que uma criança que está numa situação por norma desconfortável, de carência ou de sofrimento fosse exposta a situações que a fizessem sentir-se não o alvo da protecção mas o “bobo da corte”, como muitas vezes acontece em divórcios litigiosos na luta pela Regulação das Responsabilidades Parentais.

Quando a situação de perigo é de tal forma grave, o princípio do superior interesse da criança sobrepõe-se ao princípio da privacidade.

Assim, deve o Estado intervir logo que a criança se encontre em perigo, sem esperar que tal perigo se transforme em danos ou traumas irreversíveis, e, apenas se possível, com o consentimento dos pais ou dos representantes legais – princípio da **intervenção precoce** – como consta da alínea c) deste artigo 4º, onde se pressupõe que a intervenção das entidades competentes aconteça de forma imediata e urgente.

O princípio da **intervenção mínima** estabelece que a intervenção deve ser exercida exclusivamente pelas entidades e instituições cuja acção seja indispensável à protecção da criança e do jovem em perigo (artigo 4º, alínea d) LPCJP).

Tem de haver **proporcionalidade e actualidade** na intervenção, que deve ser a necessária e a adequada à situação de perigo em que a criança e o jovem se encontram no momento em que a decisão é tomada (artigo 4º, alínea e) LPCJP).

A intervenção deve ser efectuada de modo que os pais assumam os seus deveres para com a criança ou o jovem, i.e., tendo sempre em atenção o princípio da **responsabilidade parental** (artigo 4º, alínea f) LPCJP).

De acordo com os princípios orientadores privilegiam-se as medidas que integrem a criança na sua família ou, tal não sendo possível, numa família de adopção num princípio de **prevalência da família** (artigo 4º, alínea g) LPCJP).

A criança ou jovem, os seus pais ou representante legal ou detentor da guarda de facto têm direito a ser informados dos seus direitos, dos motivos que determinaram

a intervenção e da forma como esta se processa. Estabelecendo-se assim o princípio da **obrigatoriedade da informação** (artigo 4º, alínea h) LPCJP).

A **audição é obrigatória**, assim como a **participação da criança ou do jovem**, em separado ou na companhia dos pais ou de pessoa por si escolhida, bem como os pais, representante legal ou detentor da guarda de facto, têm direito a ser ouvidos e a participar nos actos e na definição da medida de promoção dos direitos e de protecção (artigo 4º, alínea i) LPCJP).

Por último, no artigo 4º, alínea j) LPCJP, consagra-se o princípio da **subsidiariedade** segundo o qual a intervenção deve ser efectuada sucessivamente pelas entidades com competência em matéria de infância e juventude, pelas comissões de protecção e, em última instância, pelos tribunais.

A intervenção é da competência do Estado e da comunidade, assim atribuída às entidades com competência em matéria de infância e juventude, às comissões de protecção de crianças e jovens e aos Tribunais, tal como está definida no artigo 6º da LPCJP.

As primeiras entidades são públicas ou privadas, pessoas singulares ou colectivas, “desde que desenvolvam actividades nas áreas da infância e da juventude”, conforme o disposto no artigo 5º, alínea d), da mesma lei. É nestas entidades que é representada a comunidade, ou mesmo a sociedade, através de instituições particulares de solidariedade social – entre as quais o Instituto de Apoio à Criança e os centros de acolhimento –, escolas, hospitais, creches, câmaras municipais, Instituto de Solidariedade e Segurança Social. Estas entidades têm o importante papel, entre outros, de detectores de situações de risco e encaminhadores para as entidades que podem assegurar os direitos e a protecção do menor.

As Comissões de Protecção de Menores, hoje denominadas Comissões de Protecção de Crianças e Jovens, criadas em 1991 pelo DL 189/91 de 17 de Maio e objecto de regulamentação agora na LPCJP, têm como função criar o equilíbrio entre a intervenção dos Tribunais e a intervenção da comunidade, tentando-se através delas evitar que para a protecção e a promoção dos direitos da criança ou do jovem em concreto seja necessária a intervenção, total, do tribunal.

Existe nas CPCJ uma desconcentração absoluta de poderes em relação à Comissão Nacional de Protecção de Crianças e Jovens em risco, sendo assim órgãos independentes com autonomia funcional e deliberações imparciais e independentes.

Por isso, na visão de Beatriz Marques Borges, as CPCJ devem funcionar como estruturas humanas particulares, que avaliam, discutem, debatem e tomam decisões que afectam as crianças e os jovens de uma determinada comunidade e “deve ser repudiada, veemente, face à actual redacção legal, qualquer interferência, designadamente das câmaras municipais, de fixarem os objectivos e o acompanhamento das situações das crianças e jovens em perigo em função de critérios de cariz político e na prossecução de objectivos directos ou indirectos das câmaras e não dos objectivos específicos das comissões”¹⁰.

As CPCJ são, ainda, de carácter multidisciplinar onde vários saberes e várias áreas ligadas à vida da criança e do jovem se complementam, chegando-se mais eficazmente a uma visão mais completa do problema e ao modo de o superar.

Os Tribunais são a última estrada a percorrer quando se mostra complexo o caminho para a protecção e promoção dos direitos da criança e do jovem. No entanto, para este fim, o Ministério Público, parte do Tribunal, representante do Estado, tem poder expressamente reconhecido na artigo 72º, nº.1, LPCJP e competência para fiscalizar a actividade das CPCJ e para propor acções ou usar de quaisquer meios judiciais necessários, antes mesmo ainda do processo sair da CPCJ.

Por fim, ao abrigo do art. 38º LPCJP, só os Tribunais podem aplicar a medida constante do art. 35º, nº.1, alínea g) e 38º-A LPCJP, de confiança a pessoa seleccionada para a adopção ou a instituição com vista a futura adopção, assim como só os Tribunais podem decretar por sentença judicial a constituição do vínculo da adopção (art. 1973º, nº.1, do Código Civil).

Sob a égide dos princípios orientadores, o Estado e a comunidade intervêm na vida da criança de forma a protegê-la e a promover os seus direitos apenas quando se encontram verificados os pressupostos enumerados pela LPCJP.

Estes pressupostos estão todos relacionados com o principal pressuposto da intervenção: para que ela aconteça é necessário que, conforme o disposto no artigo 3º, nº.1, da LPCJP, os pais, o representante legal ou quem tenha a guarda de facto ponham em perigo a segurança, saúde, formação, educação ou desenvolvimento da criança ou do jovem, ou quando esse perigo resulte de acção ou omissão de terceiros

¹⁰ BORGES, Beatriz Marques “Protecção de Crianças e Jovens em Perigo. Comentários e Anotações à Lei n.º 147/99 de 1 de Setembro” Almedina, 2011. p. 86

ou da própria criança ou do jovem a que aqueles não se oponham de modo adequado a removê-lo.

Estes pressupostos são, pois, as situações em que se considera que a criança está numa situação de perigo. Assim, nos termos do n.º 2 do mesmo artigo, enumeram-se as situações de perigo: quando a criança está abandonada ou vive entregue a si própria; sofre maus tratos físicos ou psíquicos ou é vítima de abusos sexuais; não recebe os cuidados ou a afeição adequados à sua idade e situação pessoal; é obrigada a actividades ou trabalhos excessivos ou inadequados à sua idade, dignidade e situação pessoal ou prejudiciais à sua formação ou desenvolvimento; está sujeita, de forma directa ou indirecta, a comportamentos que afectem gravemente a sua segurança ou o seu equilíbrio emocional ou assume comportamentos ou se entrega a actividades ou consumos que afectem gravemente a sua saúde, segurança, formação, educação ou desenvolvimento sem que os pais, o representante legal ou quem tenha a guarda de facto se lhes oponham de modo adequado a remover essa situação.

Ou seja, legitima-se a intervenção numa situação em que os pais, ou quem tem a criança aos seus cuidados, falham no exercício das responsabilidades parentais, colocando a criança em perigo actual ou iminente seja por acção ou omissão, por negligência ou com dolo.

Essas situações são, por norma, transmitidas à comissão restrita da CPCJ local por qualquer pessoa, autoridade pública ou privada, procedendo a CPCJ à respectiva avaliação de situação, instrução do processo (com audição da criança ou jovem, seus pais, quem tiver a sua guarda, instituição que a acolha, outras pessoas que hajam de intervir; elaboração de relatórios; pedidos de diligências que se reputem necessários; visitas domiciliárias), tomada de decisão com aplicação de medida de promoção e protecção (através de um acordo escrito), com sua execução e revisão.

Caso não haja o consentimento de quem exerce as responsabilidades parentais (artigo 9º LPCJP) ou a *não oposição* da criança, que é exigida pelo artigo 10º da LPCJP, há apenas dois caminhos a tomar para que a seja intervenção legítima: ou se trata de um caso de excepção, como sejam os procedimentos de urgência do artigo 37º LPCJP, ou então segue-se o caminho da intervenção judicial. A intervenção judicial sucede-se à comunicação, por parte da Comissão de Protecção, das situações de perigo ao Ministério Público.

No caso das medidas provisórias previstas pelo art. 37º LPCJP, legitima-se a sua aplicação quando a vida ou integridade física da criança ou jovem estejam em perigo actual ou iminente e enquanto não for possível a intervenção judicial. Nestes casos a Comissão de Protecção solicita a intervenção das entidades competentes, em ordem a serem tomadas as medidas adequadas para a sua protecção imediata, podendo mesmo retirar a criança do seu meio, sem o consentimento dos pais. No entanto, de imediato ou no mais curto prazo de tempo, o facto deve ser participado ao Ministério Público.

Ocorrem também, e sempre, comunicações quando não existe, ou é revogado, o consentimento para a intervenção da Comissão dado pela família de origem; quando não se chega a um acordo em CPJP e os responsáveis pela criança ou jovem na aplicação de medida ou na sua revisão ou quando se verifica o incumprimento reiterado do acordo por qualquer dos seus intervenientes.

Na hipótese de a criança ou jovem maior de 12 anos se opor à intervenção da Comissão também é obrigatória a mesma comunicação.

Como consequência, o MP, perante uma comunicação, pode requerer abertura de processo judicial de promoção e protecção, instaurar procedimento tutelar cível em representação do menor ou, mesmo, instaurar um inquérito tutelar educativo.

1.4.4. Medidas de Promoção e Protecção

1.4.4.1. Enumeração

Nos termos do artigo 34º LPCJP a finalidade das medidas de promoção dos direitos e de protecção das crianças e dos jovens em perigo são afastar o perigo em que estes se encontram; proporcionar-lhes as condições que permitam proteger e promover a sua segurança, saúde, formação, educação, bem-estar e desenvolvimento integral; e garantir a recuperação física e psicológica das crianças e jovens vítimas de qualquer forma de exploração ou abuso.

Estas medidas estão enumeradas no artigo 35º sendo individualmente tratadas nos artigos seguintes desta lei e dividem-se em dois tipos: **as medidas em meio natural de vida** – alíneas a) a d): apoio junto dos pais, apoio junto de outro familiar, confiança a pessoa idónea, apoio para autonomia de vida –, e **as medidas de colocação** – alíneas e), f) e g): acolhimento familiar e acolhimento em instituição,

com ou sem vista a futura adopção.

A medida de apoio junto dos pais consiste em proporcionar à criança ou jovem apoio de natureza psicopedagógica e social e, quando necessário, ajuda económica (artigo 39º LPCJP) e tem uma relação directa com o artigo 18º, nº. 2, da Convenção sobre os direitos da criança que estabelece que “os Estados Partes asseguram uma assistência adequada aos pais e representantes legais da criança no exercício da responsabilidade que lhes cabe de educar a criança e garantem o estabelecimento de instituições, instalações e serviços de assistência à infância”.

O apoio junto de outro familiar consiste na colocação da criança ou do jovem sob a guarda de um familiar com quem resida ou a quem seja entregue, e à semelhança do apoio junto aos pais, acompanhada de apoio de natureza psicopedagógica, social e, quando necessário, ajuda económica.

A medida confiança do menor a pessoa idónea estabelece a sua colocação sob a guarda de uma pessoa que, não pertencendo à sua família, tenha estabelecido com a criança ou o jovem uma relação de afectividade recíproca.

Esta medida - alínea c) do artigo 35.º - pode consistir na colocação da criança ou do jovem sob a guarda de candidato seleccionado para a adopção pelo competente organismo da segurança social, desde que não ocorra oposição expressa e fundamentada deste organismo, isto quando se verifica o disposto no artigo 67º da mesma lei.

O apoio para a autonomia de vida “consiste em proporcionar directamente ao jovem com idade superior a 15 anos apoio económico e acompanhamento psicopedagógico e social, nomeadamente através do acesso a programas de formação, visando proporcionar-lhe condições que o habilitem e lhe permitam viver por si só e adquirir progressivamente autonomia de vida” (artigo 45º LPCJP). Esta medida pode ser aplicada a mães com idade inferior a 15 anos, quando se verifique que a situação aconselha a aplicação desta medida.

Relativamente ao acolhimento familiar, “a confiança de uma criança que seja objecto desta medida de colocação pode ser atribuída a uma pessoa singular ou a uma família que sejam consideradas especialmente habilitadas para a prestação dos cuidados adequados às necessidades e ao bem-estar da criança e para a educação promotora do seu desenvolvimento (art. 46º). As famílias (ou pessoas individuais) de acolhimento tanto podem constituir-se em lar familiar como em lar profissional, este último definido por um agregado de duas ou mais pessoas, com formação técnica

apropriada (art. 47º). Devem cumprir um conjunto de requisitos, que passa por reunirem as condições psicológicas, materiais e sociais consideradas necessárias, e terem disponibilidade para frequentar acções de formação promovidas pelas instituições de enquadramento”¹¹. Este acolhimento é de curta duração, quando seja previsível o retomo da criança ou do jovem à família natural em prazo não superior a seis meses, ou prolongado quando, apesar de previsível o retorno à família de origem, as circunstâncias relativas à criança ou ao jovem exijam um acolhimento de maior duração.

Conforme o disposto nos artigos 49º a 54º da LPCJP, a medida de acolhimento em instituição consiste na colocação da criança ou jovem aos cuidados de uma entidade que disponha de instalações e equipamento de acolhimento permanente e de uma equipa técnica que lhes garantam os cuidados adequados às suas necessidades e lhes proporcionem condições que permitam a sua educação, bem-estar e desenvolvimento integral. Tal como o acolhimento familiar, e nos mesmos termos, o acolhimento em instituição pode ser de curta duração ou prolongado.

As instituições de acolhimento funcionam em regime aberto e são organizadas em unidades que favoreçam uma relação afectiva do tipo familiar, uma vida diária personalizada e a integração na comunidade, podendo os pais, o representante legal ou quem tenha a guarda de facto, visitar a criança ou o jovem.

A medida de confiança a pessoa seleccionada para a adopção ou a instituição com vista a futura adopção constante da alínea g) do artigo 35º e do artigo 38º-A da LPCJP, com remissão para o artigo 1978º do Código Civil, consiste na colocação da criança ou do jovem sob a guarda de candidato seleccionado para a adopção pelo competente organismo de segurança social ou sob a guarda de instituição com vista a futura adopção e aplica-se quando, nos termos do disposto no artigo mencionado do CC, não existam ou se encontrem seriamente comprometidos os vínculos afectivos próprios da filiação, se objectivamente se verificar que o menor for filho de pais incógnitos ou falecidos; se tiver havido consentimento prévio para a adopção; se os pais tiverem abandonado o menor; se os pais, por acção ou omissão, mesmo que por manifesta incapacidade devida a razões de doença mental, colocarem em perigo grave a segurança, a saúde, a formação, a educação ou o desenvolvimento do menor; se os

¹¹ MARTINS, Paula Cristina “O acolhimento familiar como resposta de protecção à criança sem suporte familiar adequado” in repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/5664/1/Texto.pdf

pais do menor acolhido por um particular ou por uma instituição tiverem revelado manifesto desinteresse pelo filho, em termos de comprometer seriamente a qualidade e a continuidade daqueles vínculos, durante, pelo menos, os três meses que precederam o pedido de confiança.

A confiança com fundamento nas situações previstas nas alíneas a), c), d) e e) do número 1 deste artigo não pode ser decidida se o menor se encontrar a viver com ascendente, colateral até ao 3º grau ou tutor, salvo se aqueles familiares ou o tutor colocarem em perigo, de forma grave, a segurança, a saúde, a formação moral ou a educação do menor ou se o tribunal concluir que a situação não é adequada a assegurar suficientemente o interesse do menor.

A confiança judicial do menor pode ser requerida pelo MP, pelo organismo de segurança social da área da residência do menor, pela pessoa a quem o menor tenha sido administrativamente confiado e pelo director do estabelecimento público ou pela direcção da instituição particular que o tenha acolhido.

Podem ainda requerer a confiança judicial do menor o candidato a adoptante seleccionado pelos serviços competentes, quando, por virtude de anterior decisão judicial, tenha o menor a seu cargo ou o candidato a adoptante seleccionado pelos serviços competentes, quando, tendo o menor a seu cargo e reunidas as condições para a atribuição da confiança administrativa, o organismo de segurança social não decida pela confirmação da permanência do menor, depois de efectuado o estudo da pretensão para a adopção ou decorrido o prazo para esse efeito.

1.4.4.2. Execução, duração, revisão e cessação

Quando é aplicada uma medida com base num acordo de promoção e protecção, essa medida é executada pela CPCJ. Se é aplicada, em processo judicial, pelo Juiz, é dirigida e controlada pelo próprio Tribunal, que, por sua vez, escolhe uma entidade para acompanhar a execução da medida (artigo 59º e 125º LPCJP)

Ao abrigo do DL 332-B/2000, de 30 de Dezembro, este acompanhamento da medida aplicada pelo Tribunal compete às equipas multidisciplinares do sistema de solidariedade e de segurança social.

O DL 11/2008 e o DL 12/2008, ambos de 17 de Janeiro, fixam o regime de execução das medidas tipificadas. Do primeiro constam as normas relativas à execução do acolhimento familiar. Do segundo constam os regimes do apoio junto

dos pais, do apoio junto de outro familiar, da confiança a pessoa idónea e do apoio para a autonomia de vida.

Quando o projecto de vida da criança passar pela sua adopção, a medida de “Confiança a pessoa seleccionada para a adopção ou a instituição com vista a futura adopção” é da exclusiva competência dos tribunais, pelo que não pode ser aplicada pela Comissão, que, nessa circunstância, obrigatoriamente remete o respectivo processo ao Ministério Público.

A duração das medidas diverge consoante elas sejam de colocação ou a executar no meio natural de vida.

Se forem medidas a executar no meio natural de vida obedece-se ao disposto no artigo 60º da LPCJP, resultando a duração do que for fixado no acordo ou por decisão judicial mas não podendo exceder, por regra, um ano.

Se se tratar de medidas de acolhimento familiar ou em instituição a duração é também a que for estabelecida no acordo ou em decisão judicial. No entanto é já aplicável o artigo 61º da LPCJP.

Quando se confia a criança a pessoa seleccionada para adopção ou a instituição com vista a futura adopção não existe duração máxima para a medida, apenas um termo certo, ou seja, a medida dura, nos termos do artigo 62ª-A, nº.1, da LPCJP, até ser decretada a adopção.

As normas relativas às medidas de promoção e protecção encontram-se definidas no artigo 62º da LPCJP, de acordo com a redacção da Lei nº 31/2003, de 22 de Agosto, e derivam de uma imposição do artigo 25º da CDC. Assim, nos termos daquele artigo, “a medida aplicada é obrigatoriamente revista findo o prazo fixado no acordo ou na decisão judicial, e, em qualquer caso, decorridos períodos nunca superiores a seis meses”, esta revisão pode ter lugar antes de decorrido o prazo fixado, oficiosamente ou a pedido dos pais do menor, do representante legal ou da pessoa que tenha a guarda de facto, ou da própria criança ou do jovem, desde que ocorram factos que a justifiquem.

A revisão não implica, necessariamente, a continuidade da medida, podendo resultar na cessação da medida sempre que a sua continuação se mostre desnecessária; na substituição da medida quando outra se mostrar mais adequada; na continuação ou prorrogação da execução da medida ou na verificação das condições de execução da medida.

Se se tratar de medidas provisórias estas são obrigatoriamente revistas no prazo máximo de seis meses após a sua aplicação.

Já a medida de confiança do menor a pessoa seleccionada para a adopção ou a instituição com vista a futura adopção não está, nos termos do 62º-A, nº.1, sujeita a revisão. Entende o Professor Doutor Jorge Duarte Pinheiro que “parece ser razoável uma interpretação restritiva do preceito, mediante a qual se admita a revisão da medida de confiança a pessoa seleccionada para a adopção ou a instituição com vista a futura adopção (por haver oposição válida do menor que atingiu 12 anos de idade ou por faltar um candidato a adoptante) ou quando haja necessidade de substituir a pessoa inicialmente seleccionada (por se não mostrar interessada em requerer a adopção ou por se verificar que não tem o perfil concretamente indicado para ser adoptante)”¹².

A cessação das medidas está prevista no artigo 63º, nº.1, LPCJP. Elas cessam quando decorra o respectivo prazo de duração ou eventual prorrogação, quando a decisão de revisão lhes ponha termo, quando seja decretada a adopção nos casos previstos no artigo 62º-A, quando o jovem atinja a maioridade ou, nos casos em que tenha solicitado a continuação da medida para além da maioridade, complete 21 anos, ou quando seja proferida decisão em procedimento cível que assegure o afastamento da criança ou do jovem da situação de perigo.

No entanto, nos termos do mesmo artigo, após a cessação da medida aplicada em comissão de protecção, a criança, o jovem e a sua família poderão continuar a ser apoiados pela comissão, nos termos e pelo período que forem acordados.

Assim, da mesma forma que as medidas são aplicadas quando o perigo aparece na vida da criança, também cessam quando este perigo é afastado.

1.4.4.3. Processo

As normas respeitantes ao processo de promoção dos direitos e protecção da criança ou do jovem em perigo encontram-se nos artigos 77º a 126º da LPCJP. Na primeira parte encontram-se os princípios orientadores deste processo e disposições gerais (77º a 90º), seguindo-se os procedimentos de urgência (91º e 92º) e as normas

¹² PINHEIRO, Jorge Duarte “O Direito da Família Contemporâneo”, 3ª Edição A.A.F.D.Lisboa, 2010. p. 409

relativas aos processos nas CPCJ (93º a 99º) e, por fim, prevê-se todo o processo judicial de promoção e protecção.

O processo de promoção e protecção é individual e único para cada criança ou jovem e a competência territorial pertence à CPCJ ou ao tribunal da sua área da residência, sendo remetido, quando houver mudança de residência, para a CPCJ ou para o Tribunal da área da nova residência, sem prejuízo de serem praticados actos urgentes pela CPCJ ou Tribunal do lugar onde a criança ou o jovem for encontrado.

Pode haver apensação de processos quando a situação de perigo abranger simultaneamente mais de uma criança ou jovem. E quando relativamente à mesma criança ou jovem forem instaurados sucessivamente processos de promoção e protecção, tutelar educativo ou relativos a providências tutelares cíveis, devem os mesmos correr por apenso, sendo competente para deles conhecer o juiz do processo instaurado em primeiro lugar.

A audição da criança e do jovem é um princípio orientador importante, considerando-se que as crianças e os jovens com mais de 12 anos, ou com idade inferior quando a sua capacidade para compreender o sentido da intervenção o aconselhe, devem ser ouvidos – individualmente ou acompanhados pelos pais, por representante legal ou advogado à sua escolha ou oficioso ou por pessoa da sua confiança – sobre as situações que deram origem à intervenção e relativamente à aplicação, revisão ou cessação de medidas de promoção e protecção. Tal como são ouvidos também os pais, o representante legal e as pessoas que tenham a guarda de facto da criança ou do jovem relativamente à aplicação, revisão ou cessação de medidas de promoção e protecção.

É importante, ainda, que o processo decorra de forma a que a criança entenda as mudanças e os movimentos na sua vida, de acordo com o seu grau de compreensão.

É determinada a intervenção ou a assistência por médicos, psicólogos ou outros especialistas ou de pessoa da confiança do menor quando for adequada, e realizar-se-ão exames médicos quando indispensáveis, sempre com respeito pelo pudor do menor. A CPCJP ou o Tribunal podem requerer certidão dos relatórios dos exames efectuados em processos relativos a crimes de que tenham sido vítimas, para que possam ser utilizados como meios de prova.

Ao abrigo e nos termos dos artigos 88º a 90º, o processo de promoção e protecção é de carácter reservado, podendo ser consultado apenas pelas pessoas ou entidades relacionadas com o mesmo.

Os Procedimentos de urgência podem existir, nomeadamente, quando não exista o consentimento exigido pelo artigo 9º mas exista perigo actual ou iminente para a vida ou integridade física do menor, caso em que as entidades policiais dão conhecimento, assim que possível, da situação ao MP e enquanto não for possível a intervenção do tribunal, retiram o menor do perigo em que se encontra e asseguram a sua protecção de emergência em local adequado.

Assim que o MP recebe essa comunicação requer ao tribunal competente procedimento judicial urgente.

Por sua vez, o procedimento judicial urgente, que decorre nos termos do artigo 92º, implica decisão provisória pelo Tribunal, no prazo de quarenta e oito horas, confirmando as providências tomadas para a imediata protecção da criança ou do jovem, aplicando qualquer uma das medidas previstas no artigo 35.º ou determinando o que tiver por conveniente relativamente ao seu destino, após proceder às averiguações sumárias e indispensáveis e ordenar as diligências necessárias para assegurar a execução das suas decisões, podendo recorrer às entidades policiais e permitir às pessoas a quem incumba do cumprimento das suas decisões a entrada, durante o dia, onde a criança se encontrar.

O processo nas CPCJ inicia-se com a solicitação da criança ou do jovem, dos seus pais, representante legal ou das pessoas que tenham a sua guarda de facto ou por sua própria iniciativa da própria CPCJ, em situações de que tiver conhecimento no exercício das suas funções. Depois de proceder a diligências sumárias e quando estas confirmem a situação de perigo, a CPCJ contacta a criança ou o jovem, os titulares do poder paternal ou a pessoa com quem a criança ou o jovem residam, informando-os da situação e em que termos decorre a sua intervenção e ouve-os sobre ela.

Faltando ou tendo sido retirados os consentimentos previstos no artigo 9.º, ou havendo oposição do menor, nos termos do artigo 10.º, a CPCJ abstém-se de intervir e comunica a situação ao MP competente, remetendo-lhe o processo ou os elementos que considere relevantes para a apreciação da situação.

Ao abrigo do artigo 96º, sempre a criança esteja a viver com quem não seja o titular do poder paternal, não seja o seu representante legal, nem tenha a sua guarda de facto, a comissão de protecção deve diligenciar de imediato, por todos os meios ao seu alcance, no sentido de entrar em contacto com as pessoas que devem prestar o

consentimento, a fim de que estes ponham cobro à situação de perigo ou prestem o consentimento para a intervenção.

Depois de recolhidos e reunidos todos os elementos e informações possíveis, as diligências e os exames necessários a comissão restrita, em reunião, aprecia o caso, arquivando o processo quando a situação de perigo não se confirme ou já não subsista, ou deliberando a aplicação da medida adequada.

O processo judicial de promoção dos direitos e protecção das crianças e jovens em perigo é de jurisdição voluntária, tem natureza urgente, correndo nas férias judiciais, e compete ao tribunal de família e menores da residência do menor a instrução e o seu julgamento ou, fora das áreas abrangidas pela jurisdição destes, ao tribunal da respectiva comarca, cabendo a iniciativa processual ao MP.

Os pais, o representante legal ou quem tiver a guarda de facto podem, em qualquer fase do processo, constituir advogado ou requerer a nomeação de patrono que o represente, a si ou à criança ou ao jovem, sendo obrigatória a nomeação de patrono ao menor quando os seus interesses sejam conflituantes com os dos seus pais, representante legal ou de quem tenha a guarda de facto e, ainda, quando a criança ou jovem com a maturidade adequada o solicitar ao tribunal.

Assim, aqui se consagra o princípio do contraditório já que a criança ou jovem, os seus pais, representante legal ou quem tiver a guarda de facto têm direito a requerer diligências, oferecer meios de prova e apresentar alegações escritas.

Ao abrigo do artigo 109º, a instrução do processo de promoção e de protecção não pode ultrapassar o prazo de quatro meses. Com o encerramento da instrução, decide-se ou pelo arquivamento do processo, quando a situação de perigo não se comprovar ou já não subsistir e se tornou desnecessária a aplicação de qualquer medida de promoção e protecção; ou designa-se dia para uma conferência com vista à obtenção de acordo de promoção e protecção; ou, quando se mostre manifestamente improvável uma solução negociada, determina-se o prosseguimento do processo para realização de debate judicial.

O debate judicial inicia-se com as alegações escritas e a apresentação de provas. Segue-se a audiência para produção da prova e audição das pessoas presentes, ordenando o juiz as diligências necessárias para que os ausentes compareçam na data que designar para o seu prosseguimento. A leitura da decisão é pública, mas ao debate judicial só podem assistir as pessoas que o tribunal expressamente autorizar.

Terminado o debate, o tribunal recolhe para decidir. A decisão inicia-se por um relatório sucinto, em que se identifica a criança ou jovem, os seus pais, representante legal, ou a pessoa que tem a guarda de facto e se procede a uma descrição da tramitação do processo. Ao relatório segue-se a fundamentação que consiste na enumeração dos factos provados e não provados, bem como na sua valoração e exposição das razões que justificam o arquivamento ou a aplicação de uma medida de promoção e protecção, terminando pelo dispositivo e decisão.

Nos termos dos artigos 123º e 124º, cabe recurso das decisões que, definitiva ou provisoriamente, se pronunciem sobre a aplicação, alteração ou cessação de medidas de promoção e protecção. E têm legitimidade para recorrer o MP, a criança ou o jovem, os pais, o representante legal e quem tiver a guarda de facto da criança ou do jovem.

Por fim, no processo judicial de promoção e protecção a execução da medida será efectuada nos termos dos n.ºs 2 e 3 do artigo 59.º.

1.5. Aspectos da tutela da criança em perigo especialmente relacionados com o tema da presente dissertação

1.5.1. Prioridade e prevalência de medidas e de princípios

No ordenamento jurídico português as medidas de promoção e protecção constantes do artigo 35ª LPCJP são ordenadas de uma forma que obedece princípios pelos quais se rege a sua aplicação. Elas são elencadas de acordo com a sua gravidade, ou seja, de acordo com o menor ou maior afastamento que a medida vai criar entre o menor e os pais. Assim, a filosofia a que se obedece quando se dispõe, em primeiro lugar, a medida de apoio junto aos pais e, por último, a adopção, não está relacionada com a importância ou prioridade da aplicação de uma medida em preterição de outra. Poderá entender-se que haja uma preferência nas medidas que aparecem elencadas nas primeiras alíneas, por um dos três princípios orientadores da intervenção ser o princípio da prevalência da família, embora não pareça ser esse o melhor entendimento.

Os princípios orientadores da intervenção do Estado e da Comunidade na vida da criança ou do jovem em perigo são: o do superior interesse da criança, o da responsabilidade parental e o da prevalência da família. Assim, como será defendido

mais adiante, nunca é preterível o princípio do superior interesse da criança quando se encontrar em confronto com o da prevalência da família.

Tendo em consideração que apenas se admite a colocação de crianças em estabelecimentos de assistência sem qualquer projecto futuro de família quando tal é absolutamente necessário, não se vê que seja a alínea f), onde se prevê o acolhimento em instituição puro, preferível à alínea g) de confiança da criança a pessoa seleccionada para adopção ou a instituição com vista a futura adopção.

Por isto, no nosso ordenamento, no entendimento de Beatriz Marques Borges “nada justifica o estabelecer-se uma prevalência ou preferência da medida de acolhimento em instituição sobre a medida de confiança da criança a pessoa seleccionada para adopção ou a instituição com vista a futura adopção, quer em termos do direito internacional aplicável em Portugal, quer dos preceitos constitucionais vigentes quer ainda do disposto no artigo 4º, al. g) da Lei¹³”.¹⁴ Posição esta que se partilha e que será desenvolvida e defendida nos pontos 2.1., 2.2.2. e 5.2..

1.5.2. Intervenção provisória (artigo 37º. LPCJP)

De acordo com o disposto no artigo 37º LPCJP, há a possibilidade de, numa situação de emergência ou enquanto se procede ao diagnóstico da situação da criança e se define o seu encaminhamento subsequente, aplicar medidas provisórias. Estas medidas podem apenas ser aplicadas pela CPCJ ou pelos tribunais.

A definição do conceito de situações de urgência ou emergência é feita, de forma geral, entendendo-se incompleta (posição esta que será defendida nos pontos 3.2. e 5.1., no artigo 5º, alínea c) da LPCJP, como uma situação de perigo actual ou iminente para a vida ou integridade da criança ou do jovem.

O recurso aos procedimentos de urgência legitima-se, também, com o facto de haver oposição dos detentores do poder paternal ou de quem tenha a guarda de facto. Nestes casos, as medidas podem ser tomadas também pelas ECMIJ, seguidas da solicitação da intervenção do tribunal ou das entidades policiais.

Os Procedimentos de urgência encontram-se previstos no Capítulo VII da LPCJP.

¹³ LPCJP

¹⁴ BORGES, Beatriz Marques “Protecção de Crianças e Jovens em Perigo. Comentários e Anotações à Lei n.º 147/99 de 1 de Setembro” Almedina, 2011. p. 144

O artigo 91.º prevê os procedimentos urgentes na ausência do consentimento estabelecendo, no seu n.º.1, que “quando exista perigo actual ou iminente para a vida ou integridade física da criança ou do jovem e haja oposição dos detentores do poder paternal ou de quem tenha a guarda de facto, qualquer das entidades referidas no artigo 7.º, ou as comissões de protecção, tomam as medidas adequadas para a sua protecção imediata e solicitam a intervenção do tribunal ou das entidades policiais”.

Nestes casos as entidades policiais dão imediatamente conhecimento destas situações ao MP e, enquanto não for possível a intervenção do tribunal, retiram o menor do perigo em que se encontra e asseguram a sua protecção de emergência em casa de acolhimento temporário, nas instalações das entidades referidas no artigo 7.º da LPCJP ou em outro local adequado.

Nos termos do n.º.4 do mesmo artigo “o Ministério Público, recebida a comunicação efectuada por qualquer das entidades referidas nos números anteriores, requer imediatamente ao tribunal competente procedimento judicial urgente”.

O artigo 92.º diz respeito aos procedimentos judiciais urgentes que têm lugar quando ao serem comunicadas ao MP as situações referidas acima (do artigo 91º) este requer ao Tribunal que profira “decisão provisória, no prazo de quarenta e oito horas, confirmando as providências tomadas para a imediata protecção da criança ou do jovem, aplicando qualquer uma das medidas previstas no artigo 35.º ou determinando o que tiver por conveniente relativamente ao destino da criança ou do jovem”.

Nos termos do n.º.2 do mesmo artigo 92.º “o tribunal procede às averiguações sumárias e indispensáveis e ordena as diligências necessárias para assegurar a execução das suas decisões, podendo recorrer às entidades policiais e permitir às pessoas a quem incumba do cumprimento das suas decisões a entrada, durante o dia, em qualquer casa”.

1.5.3. Intervenção com consequências definitivas

Todas medidas de promoção e protecção constantes no artigo 35º da LPCJP serão, de certa forma, temporárias no sentido de que, apenas subsistirá a sua execução enquanto não for removido o perigo que originou a sua aplicação.

Será expectável que muito antes de a criança ou o jovem em perigo atingir a maioridade, uma solução definitiva seja encontrada.

Assim, as consequências definitivas da intervenção podem ser vistas segundo 3 diferentes perspetivas.

Numa primeira perspetiva, existem medidas que permitem afastar o perigo sem haver uma grande mudança na vida da criança e outras que modificarão definitivamente o futuro da criança em oposição ao que lhe estaria destinado sem a intervenção, como seja a medida constante da alínea g) de confiança a pessoa seleccionada para a adopção ou a instituição com vista a futura adopção.

Numa segunda, existe o caso em que a intervenção torna definitivas as suas consequências pela demora e “eternização” da medida aplicada. Isto é, quando é aplicada uma das medidas constantes das alíneas e) e g), respectivamente de acolhimento familiar e acolhimento em instituição, necessariamente temporárias, são eternizadas as situações temporárias com a não cessação da medida, seja por permanecer a situação de perigo, não se podendo assim devolver a criança ou jovem à família de origem, seja por não se poder entregá-la para adopção devido aos obstáculos postos pela família do menor para impedir tal decisão.

Por último e numa terceira perspetiva, existe a intervenção com consequências definitivas quando a criança, com a cessação da medida de promoção e protecção é entregue para adopção.

2. Importância dada pelo ordenamento jurídico português aos laços de sangue e à família biológica.

2.1. As medidas que permitem a influência dos pais na vida da criança, durante a sua execução.

Neste primeiro ponto de análise crítica não se pretende distinguir as medidas que permitirão que a criança volte a ter contacto, ou a viver, com a família de origem, pois sabe-se já que a única medida que, no futuro, implica uma ruptura total com a família biológica é a medida de confiança a pessoa seleccionada para a adopção ou a instituição com vista a futura adopção, constante da alínea g) do artigo 35º da LPCJP.

Importa aqui distinguir as medidas que permitem a influência (ainda que escassa) dos pais da criança na sua vida e as que cortam o vínculo familiar existente de forma a dar à criança uma possibilidade de inserção plena numa outra nova família **durante a sua execução.**

Entende-se ser importante fazer esta distinção para que adiante se possam melhor analisar as consequências da intervenção ou da falta desta e, assim, da influência benéfica ou nefasta que poderá ter o contacto entre a criança e a família enquanto aquela se encontra em perigo.

As responsabilidades parentais que, normalmente, são exercidas no seio da família sem qualquer interferência externa, são limitadas ou inibidas quando existe interferência da CPCJ ou do Tribunal. Em primeiro, seja qual for a medida, quando a sua aplicação é da competência da CPCJ, há sempre uma característica comum aos diferentes graus de intervenção, i.e., quando se exige o consentimento dos pais ou de quem tenha a guarda do menor, para que seja legítima a intervenção da comissão. Dispensa-se este consentimento quando a medida é aplicada pelo Tribunal.

Assim, entre as medidas de promoção e protecção, são as seguintes as que permitem que o menor tenha contacto com a família de origem ou que permitem a influência, ainda que escassa, da vontade dos pais no que diz respeito à vida do menor e às decisões que esta exige.

A medida de apoio junto dos pais constante na alínea a) do n.º 1 do artigo 35º e no artigo 39º da LPCJP – que consiste em proporcionar à criança ou ao jovem apoio de natureza psicopedagógica e social e, quando necessário, ajuda económica – não acarreta qualquer tipo de limitação ao exercício das responsabilidades parentais, continuando o menor a viver com os pais. Entenda-se que, quando se diz “pais” ou “família”, se abragem as situações em que a criança não tem pais mas tão só representantes legais ou pessoa que detenha a sua guarda de facto ainda que não sejam familiares, de acordo com o disposto no artigo 42º LPCJP.

Já a medida de apoio junto de outro familiar (alínea b) do n.º 1 do artigo 35º) – que vem melhor descrita no artigo 40º e que aparece claramente no nosso ordenamento como uma segunda opção, quando a medida de apoio junto aos pais não é possível – limita não só as responsabilidades parentais como também a convivência entre a criança e os pais. Pretende o legislador que, com esta medida, as responsabilidades parentais fiquem atribuídas a outro familiar a quem se entregue o menor.

É possível, no entanto, que, enquanto a medida durar, os pais decidam sobre as questões de maior importância, desde que se coloque sempre em primeiro lugar o superior interesse da criança ou do jovem. Existe tal possibilidade na execução desta medida porque a sua *ratio* é a criação, pelo familiar, de um reequilíbrio emocional e

afectivo da criança, assim como de condições de segurança para que a criança ou o jovem possa prosseguir o seu desenvolvimento integral e, posteriormente, voltar para os pais. No respeito pela *ratio* da norma, não faria sentido que fosse totalmente inibida a responsabilidade parental dos pais nas questões de maior importância, já que teriam de ser readaptadas assim que o menor voltasse a viver com eles. Tal como não teria qualquer utilidade se a responsabilidade parental, no que diz respeito às decisões ligadas ao quotidiano da criança, fosse da responsabilidade de pessoa que não aquela a quem a criança foi entregue e que é responsável por ela.

A medida de apoio junto de outro familiar terá como objectivo último a permanência da criança “junto do familiar acolhedor pelo tempo estritamente necessário a que os seus pais disponham de condições para assumir a sua função parental, estabelecendo-se, igualmente, os direitos do familiar acolhedor (arts. 24º e 26º) e as suas obrigações específicas (art. 29º)”¹⁵. Assim, ainda que sob supervisão, é fundamental a convivência da criança com os seus pais, mesmo que entregue a outro familiar. Não só para que, ao mesmo tempo que os pais readquirem condições para exercer a sua função parental, se restabeleça uma saudável, segura e equilibrada relação entre estes e a criança, mas também para que, em cumprimento do disposto no artigo 20º, nº.2, alínea a) LPCJP, se avalie esta relação – relação que não se limita aos pais mas que se estende a todo o agregado familiar, i.e., às pessoas que, quando a criança voltar para junto dos pais, viverão com ela sobre o mesmo tecto.

Tanto a medida anteriormente analisada, sob o ponto de vista da atribuição das responsabilidades parentais, como a medida de confiança a pessoa idónea prevista na alínea a) do nº.1 do artigo 35º e no artigo 43º LPCJP, carecem de decisão judicial para serem aplicadas. Com a aplicação desta medida, a criança é realmente afastada da família de origem, ainda que temporariamente, por não ter sido removido o perigo ou por se entender que a aplicação das medidas das alíneas a) e b) não é suficiente para o remover. É variável, nestas situações, o grau de influência dos pais e de convivência destes com a criança, consoante o Tribunal entenda haver maior ou menor necessidade de afastamento para a remoção do perigo existente. É sempre exigido à pessoa de confiança, ou idónea, que garanta o fortalecimento dos laços entre a criança acolhida e a sua família de origem, nos termos do artigo 29º. LPCJP.

Na medida de apoio para a autonomia de vida, que cabe unicamente ao jovem,

¹⁵ BORGES, Beatriz Marques “Protecção de Crianças e Jovens em Perigo. Comentários e Anotações à Lei n.º 147/99 de 1 de Setembro” Almedina, 2011. p.181

é a este que cabe a assunção da responsabilidade pela sua própria vida e pelo seu desenvolvimento. Julga-se, no entanto, ser preferível a coexistência da aplicação desta medida com a integração do jovem na família e com a convivência com todo o núcleo familiar, ainda que não vivendo na mesma casa. Ou seja, o jovem é autonomo mas não há, necessariamente, ruptura com a família, tal como acontece quando o filho maior de idade, por norma, casa ou simplesmente muda para uma casa própria.

Com a execução da medida de apoio para a autonomia de vida, são inibidas as responsabilidades parentais, tomando o próprio jovem as decisões relativas à sua vida e ao seu futuro. É o jovem que recebe apoio e acompanhamento directos, uma prestação pecuniária e cursos, de forma a conseguir ter e manter um alojamento, alimentação, saúde e educação durante o seu processo de autonomização.

Na medida de acolhimento familiar, constante na alínea e) do n.º.1 do artigo 35º e no artigo 46º LPCJP, a criança, ou o jovem em perigo, é entregue a quem não tenha com ela qualquer vínculo familiar ou intenção de a adoptar.

Nesta hipótese, “a família natural participa no desenvolvimento da relação de acolhimento familiar visando o retorno da criança à família biológica, estando as famílias de acolhimento vinculadas a um conjunto de obrigações correspondentes ao exercício *grossa modo* das responsabilidades parentais e ao estabelecimento de interligação com as instituições de enquadramento e a família biológica”¹⁶, ou seja, as responsabilidades parentais estão entregues à família de acolhimento mas atende-se à convivência do menor com a família biológica. Caberá à família de acolhimento incentivar e supervisionar essa convivência, gradualmente e de acordo com a maior ou menor necessidade de protecção do menor, quando o perigo puder advir da simples convivência com a família de origem.

Relativamente à medida de acolhimento em instituição, constante na alínea f) do n.º.1 do artigo 35º e nos artigos 49º e seguintes da LPCJP, é importante, em primeiro lugar, lembrar que, tratando-se da medida mais despersonalizada de todas, será a última alternativa para tentar o regresso da criança, ou do jovem, à sua família de origem.

Sendo esta a última opção, significa que, por algum motivo, o perigo que impede o regresso da criança à família de origem persiste. Isto quer dizer que, dentro das várias modalidades deste acolhimento, existem diversos regimes de convivência

¹⁶ BORGES, Beatriz Marques “Protecção de Crianças e Jovens em Perigo. Comentários e Anotações à Lei n.º 147/99 de 1 de Setembro” Almedina, 2011. p.189

entre a família e o menor, todos definidos judicialmente, e sempre na tentativa de uma aproximação e restabelecimento dos laços entre eles. O contacto entre o menor e a família está, assim, dependente das regras da instituição, como estabelece o artigo 53º, nº.3, da LPCJP que diz “os pais, o representante legal ou quem tenha a guarda de facto podem visitar a criança ou o jovem, de acordo com os horários e as regras de funcionamento da instituição, salvo decisão judicial em contrário”.

Por fim, quando é aplicada a medida de confiança a pessoa seleccionada para a adopção ou a instituição com vista a futura adopção, constante na alínea g) do nº.1 do artigo 35º e no artigo 62-Aº LPCJP, cessam totalmente as responsabilidades parentais e, também, a convivência com a família de origem; não fazendo o contrário qualquer sentido, já que aqui existe uma ruptura intencional e judicialmente decidida entre a família e o menor.

2.2. Primado/prevalência da família.

2.2.1. Artigo 4º., alínea g) da LPCJP.

Na alínea g) do artigo 4º da LPCJP está consagrado o princípio orientador da intervenção da Prevalência da Família segundo o qual na promoção de direitos e na protecção da criança e do jovem deve ser dada prevalência às medidas que os integrem na sua família ou que promovam a sua adopção.

O papel da família no desenvolvimento integral de uma criança é cada vez mais reconhecido como fundamental para uma saudável estruturação de personalidade.

O interpretação deste preceito colide com o entendimento que predomina no nosso ordenamento jurídico e que se repercute na interpretação e aplicação deste princípio pelo sistema judicial e pelas entidades competentes para aplicar as medidas de promoção e protecção.

A mentalidade que vem contribuindo para as decisões que marcam o destino de inúmeras crianças todos os anos funda-se na prevalência dos laços de sangue, da família biológica, e não simplesmente da família. A mentalidade da nossa sociedade está fortemente marcada por este pensamento e, por isto, com dificuldade em soltar-se destas amarras.

2.2.2. O conceito de verdadeira família e família como condição.

Ao abrigo do artigo 67º da CRP “a família, como elemento fundamental da sociedade, tem direito à protecção da sociedade e do Estado e à efectivação de todas as condições que permitam a realização pessoal dos seus membros”.

O conceito legal de família, i.e., aquilo que é considerado o núcleo essencial com a função de proteger o indivíduo na sociedade está, efectivamente, relacionado directa e historicamente com os diferentes indivíduos como pessoas, seres individuais.

É graças a esta consciência da ligação histórica entre a identidade do ser humano individual e o núcleo familiar onde se encontra inserido, que a União Europeia não incluiu, por exemplo, entre os seus objectivos institucionais, o objectivo de harmonização do Direito de Família. E tendo em conta isto, a Comissão para o Direito de Família Europeu (CEFL), que recentemente publicou os seus princípios para o Direito de Família Europeu, é uma Comissão de origem voluntária com base na teoria jurídica.

Apesar destas premissas, testemunha-se que hoje (talvez mais do que no passado) as formas de evolução dos sistemas jurídicos envolvem a instituição família, considerando esta unidade como uma entidade legal fundamental.

O conceito tradicional de "família legal" que nos foi transmitido pelo desenvolvimento histórico das diferentes ordens jurídicas consiste na família baseada na instituição do casamento. Quer se trate de união de facto ou do chamado casamento 'continental' ou casamento, ou mesmo a tradição islâmica com suas próprias características peculiares, incluindo a abertura ao casamento poligâmico, a instituição de fundação da família é, historicamente, a união de um homem e de uma mulher.

Duas mudanças importantes acontecem nos tempos que correm no desenvolvimento de sistemas jurídicos contemporâneos nesta esfera. A primeira é a instituição do casamento já não constituir o título, único exclusivo, com reconhecimento da "família", da pessoa jurídica. A segunda, o conceito de casamento em si está a mudar e, felizmente, a evoluir no sentido de incluir a união entre duas pessoas do mesmo sexo. No entanto, não é esta a única evolução necessária.¹⁷

¹⁷ GIARDINI, Federica, “The concept of “legal family” in modern legal systems: a comparative approach”, acedido a 28 de Fevereiro 2012 in University of Padua, Italy <http://www.law2.byu.edu/isfl/saltlakeconference/papers/isflpdfs/Giardini.pdf>

No seguimento do pensamento que é encontrado no preâmbulo da CDC, parece existir a convicção de que “a família, elemento natural e fundamental da sociedade e meio natural para o crescimento e bem-estar de todos os seus membros, e em particular das crianças, deve receber a protecção e a assistência necessárias para desempenhar plenamente o seu papel na comunidade.”

1 - Conceito de verdadeira família

A família é geralmente vista como uma importante instituição social e o núcleo de grande parte da actividade social de uma pessoa. “É uma unidade social criada pelo casamento, sangue ou adopção e pode ser descrito como nuclear (pais e filhos) ou estendida (que engloba outros parentes)”¹⁸.

O conceito de “família” mudou relativamente ao existente nos anos 50. E da mesma forma que mudou o conceito também devemos estar dispostos a apreender o seu significado.

Não mais é válido o conceito de família como apenas agregado de pais e filhos. Existem madrastas e padrastos, ex mulheres, ex maridos, meios irmãos e enteados, casais heterossexuais e homossexuais, pais solteiros e mães solteiras, existem os irmãos dos irmãos, os tios mais novos que os sobrinhos e os companheiros mais novos que os filhos, existem os filhos adoptivos, os biológicos, os de criação e os de coração, existem os avós dos irmãos e as irmãs da madrasta e todos os afins que, no passado automaticamente não eram considerados família inexistindo, mesmo, qualquer relação de convivência aceitável pela sociedade.

Hoje todas estas realidades fazem parte do conceito de família ao formarem o que realmente significa ser família: um agregado familiar onde as pessoas coabitam e convivem de forma harmoniosa e contribuem reciprocamente para o desenvolvimento, formação, educação e afectos de cada membro.

O verdadeiro e necessário conceito de família aplicável aos tempos que correm, traduzido no conceito jurídico de família, deve ser adaptado para que possa

¹⁸ NAM, Charles B. “The Concept of The Family: Demographic and Genealogical Perspectives” In: Sociation Today, The Official Journal of North Carolina, Vol. 2, Nº. 2, 2004

ser aplicado ao Direito dos Menores e à necessidade que as crianças e os jovens têm de fazer parte de uma família.

Assim, em oposição, não se considerará família o hipotético agregado onde existe uma mãe, um pai e três filhos biológicos menores mas onde inexistem relações de amor e de entreajuda, cenário em que a mãe negligencia os filhos ou inverte os papéis de protector e protegido, onde o pai abusa dos menores e da esposa física e psicologicamente. Não se considerará uma verdadeira família um agregado que a criança não tem como porto seguro, como núcleo protector, mas, sim, como ameaça e núcleo gerador de traumas e deficiências no desenvolvimento físico, emocional e educacional. Considerar-se-á família o agregado onde, dentro das possibilidades emocionais de cada membro adulto, convivem harmoniosamente e em espírito de entre-ajuda na educação da criança, mães e pais adoptivos, mães solteiras, ex-maridos e actuais mulheres, meios irmãos e todos os afins.

II - *A família como condição*

Como referido no ponto anterior, ser família é uma condição que se cria e mantém e a que se tem direito quando para tal se faz por merecer (na perspectiva do progenitor e não do descendente). Por isso, ser família é um direito que se adquire e perde.

A família é-o quando respeita os direitos dos seus membros e cumpre os deveres que lhe são inerentes, ou seja, quando existe um comportamento correspondente à condição de família. Sabendo-se que se comportamentos existem que permitem identificar que os familiares de uma criança não lhe dedicam o respeito e a dignidade que esta merece e, pelo contrário, praticam actos ou ausência destes de forma atroz e totalmente contrários a demonstrações de amor e consideração, torna-se possível a perda do direito de ser família. Em consequência, perdem-se os direitos inerentes à família, entre eles o direito à privacidade da vida familiar, ao dever de obediência dos filhos relativamente aos pais (art. 1878º CC) e à garantia constitucionalmente consagrada da inseparabilidade dos filhos em relação aos seus progenitores.

Assim, os pais não têm só direitos relativamente aos filhos e relacionados com o poder paternal. Não existe um direito subjectivo dos pais, existe, sim, um conjunto de poderes-deveres que incide sobre os pais e que deve sempre respeitar o superior

interesse dos filhos, existindo verdadeiras “responsabilidades parentais” e não apenas “poderes parentais”.

2.2.3 A criança como pessoa, ser humano individual

“A criança é um Sujeito de direitos, titular pleno de todos os direitos humanos, os fundados na dignidade da pessoa humana e ainda os específicos decorrentes do ser criança, em desenvolvimento, que à medida do seu crescimento físico e psíquico vai adquirindo gradual e progressivamente autonomia, essencial à realização da sua humanidade, entendida, esta, como o todo que o forma como pessoa”¹⁹.

É necessário que se aprofunde a consciência social no que diz respeito ao valor e à dignidade humana das crianças, como pessoas. Esse aprofundamento contribuirá para a mudança das mentalidades dos futuros profissionais de direito e para a “criação de uma nova cultura da infância na sociedade e nos tribunais”²⁰.

A criança não é um ser absoluta ou inteiramente ligado à família ou a qualquer outro terceiro com quem conte na infância.

Embora seja desejável que os laços familiares sejam duradouros, estáveis e harmoniosos, a criança, futuro adulto, tem a sua autonomia individual e gradativa. Constrói e desenvolve a autonomia plena ao longo do seu crescimento com a ajuda de terceiros. Por isso, é necessário que seja dada oportunidade à criança de ter ao seu lado alguém com capacidade para a ajudar nesta caminhada e com consciência da importância e irreversibilidade deste percurso e, conseqüentemente, da importância do que lhe transmite.

É através deste outro alguém que a criança aprende a sua própria importância, o seu lugar no mundo, a forma como deve esperar ser tratada e respeitada, ou não, por terceiros e por si própria, a forma de se relacionar com os outros, os exemplos a seguir, aquilo que é correcto dizer e fazer e a forma de o dizer e fazer.

O dever de obediência dos filhos para com os pais não é absoluto (art. 1878º CC) exactamente porque se reconhece autonomia daqueles na organização da sua própria vida. Assim, e pelo mesmo motivo, deve reconhecer-se a importância do

¹⁹ RIBEIRO, Alcina Costa. “Autonomia de criança no tempo de criança” in *Estudos em Homenagem a Rui Epifânio*, Almedina, 2010. p. 12

²⁰ SOTTOMAYOR, Maria Clara. “A autonomia do Direito das Crianças” in *Estudos em Homenagem a Rui Epifânio*, Almedina, 2010. p. 80

futuro da criança não estar obrigatoriamente ligado ou dependente do direito dos pais a educarem os seus filhos, quando disso não se mostram merecedores.

Considerando-se que o menor integra uma família, deve entender-se esta integração respeitando-se a individualidade de cada membro da família.

2.2.4 O superior interesse da criança em conflito com o princípio da prevalência da família.

Atendendo-se a já ter sido o conceito de superior interesse da criança enquadrado legalmente no ponto 1.3.1., importa neste ponto, antes de mais, apreciar o alcance real deste conceito.

Como refere Maria Clara Sottomayor “o Direito das crianças está repleto de interpretações da noção de interesse da criança contrárias ao seu bem estar e dominadas pelos interesses dos adultos, como a recusa em ouvir as crianças nos processos de divórcio; a guarda conjunta em situações de violência doméstica; a imposição coerciva de visitas de progenitores com quem a criança não tem laços afectivos ou que a maltratam”²¹.

O superior interesse da criança não é afastado ou preterível quando se encontra em conflito com os interesses dos pais, enquanto pais.

“É certo que o processo de promoção e protecção deve subordinar-se ao princípio da prevalência da família segundo o qual na promoção de direitos e protecção da criança e do jovem deve ser dada prevalência às medidas que os integram na sua família ou que promovam a sua adopção (a adopção sempre depois de esgotada a possibilidade de integração na família biológica e, muitas vezes, mesmo depois da tentativa de integração na família alargada) – veja-se o artigo 4º al. f), g) e i) da. da LPCJP, em consonância com a Convenção Europeia dos Direitos e liberdades Fundamentais e na Convenção das Nações Unidas Sobre os Direitos da Criança de 20 de Novembro de 1989.

No entanto tal princípio não é absoluto.

Situações há em que e apesar dos laços afectivos inegáveis entre pais e filhos, aqueles põem em perigo grave a segurança, a saúde, a educação e o desenvolvimento dos filhos.

²¹ SOTTOMAYOR, Maria Clara. “A autonomia do Direito das Crianças” in *Estudos em Homenagem a Rui Epifânio*, Almedina, 2010. p. 87

Não porque não os amem mas porque não têm capacidade para os proteger e para lhes proporcionar as condições essenciais ao seu desenvolvimento saudável.

Não podemos olvidar que há um meio envolvente de cada criança que facilita ou impede a organização da sua vida psíquica. (...) E, se atento o primado da família biológica há que apoiar as famílias disfuncionais, quando se vê que há possibilidade destas encontrarem o seu equilíbrio, há situações em que tal já não é possível, ou pelo menos já o não é em tempo útil para a criança.”²²

Assim o superior interesse da criança assume eminente natureza e relevo públicos sem haver, no entanto, desrespeito pela privacidade da família e da criança e sem se limitar, quando não haja justificação, a liberdade de exercício das responsabilidades parentais²³.

O sistema de protecção do ordenamento jurídico português está mais orientado para a detecção de casos de negligência económica dos filhos. Tratando-se de maus-tratos físicos ou psíquicos, ou de abuso sexual, os princípios de intervenção mínima e da prevalência da família revestem o agressor com demasiado poder, desprotegendo a criança vítima, sujeita às hierarquias de género e de idade que vigoram na família. Tal como refere Carla de Fonseca “...infelizmente intervém-se pouco e mal. Intervém-se pouco, porque se confunde intervenção com intromissão, com invasão, como comecei por referir. Decorrentemente, intervém-se mal porque quando a solução é preconizada já decorreu muito tempo. Tempo demais na vida de uma criança ou de um jovem. Por razões culturais, a que é subjacente, ainda, a ideia de que os pais por o serem têm direitos sobreponíveis aos direitos das crianças, por medo de decidir ou de promover decisão, por laxismo ou por inaptidão ou incompetência, os processos arrastam-se meses e anos sem que a resolução do caso seja tomada, com abordagens inúteis, como repetidos pedidos de inquéritos, requisições de certidões, envios de ofícios (na era da facilidade de comunicação), enquanto a criança vai esperando e vai crescendo com muito sofrimento, com danos físicos e emocionais cujas repercussões na saúde física e mental são muitas vezes irreparáveis”²⁴.

²² Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 21/10/2008 - proc. 6987/2008-1

²³ LEANDRO, Armando. “Direitos da criança e comunidade” in *Estudos em Homenagem a Rui Epifânio*, Almedina, 2010. pp. 35 a 40

²⁴ FONSECA, Carla “A Protecção das crianças e Jovens: factores de legitimação e objectivos” in *Direito Tutelar de Menores: o sistema em mudança*, Coimbra Editora, 2002. pp. 12 e 13

A conjugação, pelo Tribunal, do interesse da criança com a realização da sua vontade e sentimentos não é sempre feita facilmente ou sequer de forma eficaz, isto porque muitas vezes, por razões que aqui referimos, existe uma falta de empatia com o sofrimento da criança, as suas necessidades e experiências individuais. Este é um facto especialmente visível na prevalência atribuída ao vínculo biológico, quando se está perante conflito judicial entre a família de origem e terceiros que cuidam ou têm laços afectivos com a criança.²⁵

A Convenção Europeia sobre o Exercício dos Direitos das Crianças²⁶ que protege os direitos das crianças e visa as formas de promoção efectiva, destaca a autonomia da criança relativamente aos pais em todas as situações em que os interesses da criança estejam em conflito com os dos pais.

Assim, refere-se o artigo 9º da CEEDC que diz “os Estados Partes garantem que a criança não é separada de seus pais contra a vontade destes, salvo se as autoridades competentes decidirem, sem prejuízo de revisão judicial e de harmonia com a legislação e o processo aplicáveis, que essa separação é necessária no interesse superior da criança. Tal decisão pode mostrar-se necessária no caso de, por exemplo, os pais maltratarem ou negligenciarem a criança ou no caso de os pais viverem separados e uma decisão sobre o lugar da residência da criança tiver de ser tomada.” (nº.1). Refere-se, ainda, no número 3 do mesmo artigo que “os Estados Partes respeitam o direito da criança separada de um ou de ambos os seus pais de manter regularmente relações pessoais e contactos directos com ambos, salvo se tal se mostrar contrário ao interesse superior da criança”.

Na jurisprudência portuguesa, não são, ainda, muito comuns as decisões em que se pretere a família de origem a favor de terceiros. Isto porque as decisões no nosso ordenamento jurídico se encontram acorrentadas à mentalidade da sociedade portuguesa, diga-se exagerada, de que acima de tudo prevalecem os laços de sangue.

Dá-se demasiada importância ao princípio da família no sentido biológico que lhe é dado pela lei, na análise de cada caso concreto em processos de protecção de menores, de adopção e de aplicação de medidas de promoção e protecção. Havendo desde o início e ao longo de todo o processo, na mentalidade do decisor (seja ele o

²⁵ SOTTOMAYOR, Maria Clara. “A autonomia do Direito das Crianças” in *Estudos em Homenagem a Rui Epifânio*, Almedina, 2010. pp. 79 a 88

²⁶ Assinada pelos Estados-membros do Conselho da Europa e dos Estados não membros que participaram na sua elaboração a 25 de Janeiro de 1996, em Estrasburgo

Juiz, o magistrado do MP ou a CPCJP) sempre lugar a mais uma chance para os pais do menor, caso decidam, até ao final do processo lutar pelo filho.

No entanto, ainda assim, há já decisões onde se verifica existir já um desvio desta mentalidade desaquada e, entende-se, excessiva.

“I. Quando os indícios apontam para a existência e persistência de uma relação incestuosa entre a menor e um dos elementos do núcleo familiar, urge pôr termo a tal situação, doa a quem doer, inclusive à própria menor e aos familiares que a amam verdadeiramente.

II. Se o perigo está no seio familiar e não foi possível identificar em concreto a “origem” e a “fonte” desse perigo para se proceder contra ela e se tomarem as medidas necessárias a remover ou eliminar esse foco “infeccioso” e “contaminante”, então não resta outra alternativa senão afastar (isolar) as vítimas do contacto com o foco infeccioso, para que se possam libertar da “doença”. ”²⁷

3. Intervenção provisória: importância do perigo para a integridade psíquica e emocional do menor.

3.1. A psicologia, o direito das crianças e as leis.

Os profissionais do Direito, nomeadamente os magistrados, debatem-se com problemas práticos de grande complexidade para os quais têm de dar solução. Assim, e perante a inexistência de respostas nos sistemas jurídicos tradicionais, são forçados a debruçar-se sobre os problemas concretos da vida, e sem possível tradução em regras gerais ou teóricas, e sobre o impacto que as suas decisões jurídicas têm na vida, não jurídica, das crianças. Esta reflexão permite que os profissionais do Direito se apercebam das necessidades especiais de cada criança e criem empatia com o seu sofrimento, tornando-se o Direito mais atento à vida real e mais humano.

“O Direito das Crianças, como disciplina jurídica, abrange o estudo de todas as relações sociais em que a criança ocupa a posição de sujeito, titular de direitos fundamentais e de direitos específicos, decorrentes da sua situação do ser em

²⁷ Acórdão TRE 22/06/2006 – proc. nº.1076/06-3 em

<http://www.dgsi.pt/jtre.nsf/134973db04f39bf2802579bf005f080b/6f519550a7babe22802572d000492feb?OpenDocument>

desenvolvimento”²⁸. No entanto, “a definição do Direito das crianças como um conjunto de normas jurídicas aplicáveis às crianças ou relacionadas com as crianças é uma forma incompleta e superficial de tratar a questão. A autonomização do Direito das Crianças tem um significado cultural, social e político: a centralização na criança como pessoa e não apenas como membro de uma família ou um objecto passivo de protecção social e estadual”²⁹.

No Direito dos Menores é em função dos direitos, das vidas e futuros das crianças e dos jovens que se criam as normas. Entende-se que é também e principalmente sobre a perspectiva das crianças que os assuntos relacionados com as normas jurídicas têm de ser pensados, de forma a que não acabem por se reflectir apenas os interesses dos adultos e as consequências que estas normas terão nas vidas destes.

Porque a criança não tem de ser protegida apenas no momento presente mas sim protegida de forma a evitar consequências futuras e nefastas para a sua existência como adulto, todas as normas que regulamentam a relação da criança com a família, a sociedade e o Estado devem ser desenvolvidas e pensadas, não apenas numa perspectiva jurídica respondendo apenas à necessidade de regulamentação de situações conflituantes com a normalidade, mas numa perspectiva que interligue entre a realidade jurídica e a realidade social.

Julga-se ser essencial conjugar-se com o direito a psicologia, área que permite dar humanidade a um critério de decisão e sem permitir que este se afaste do verdadeiro elemento que o motivou: o superior interesse da criança.

Acrescenta-se, ainda, que não há interdisciplinaridade apenas entre o Direito dos Menores e a Psicologia, pois este ramo do direito deve abranger relações com a sociologia, a pedopsiquiatria e a antropologia, entre outros, de forma a que se possa responder aos problemas concretos de cada criança e às suas necessidades presentes e futuras, com um maior sucesso das decisões jurídicas que afectam os menores.

Assim, por prevalecerem, ainda, muitas concepções não testadas sobre o que é melhor para as crianças e por as respostas aos problemas concretos decorrerem das convicções pessoais e das ideologias de quem decide, requer-se uma formação especializada para os decisores de questões que digam respeito às crianças, que lhes

²⁸ SOTTOMAYOR, Maria Clara. “A autonomia do Direito das Crianças” in *Estudos em Homenagem a Rui Epifânio*, Almedina, 2010. p. 80

²⁹ *op. cit.* p. 80

permita compreender a criança como pessoa, com necessidades e futuro independentes dos pais, com personalidade individual e vivências pré-existentes relações afectivas, sejam positivas ou negativas.

Refere ainda Maria Clara Sottomayor que “o Direito, como ciência social que se projecta na vida das crianças, podendo causar-lhes sofrimentos e entraves ao seu desenvolvimento, deve assumir, neste contexto, uma dimensão interdisciplinar, que se abre aos dados das outras ciências sociais e humanas, que identificam o interesse da criança com a estabilidade e manutenção da relação afectiva com a(s) sua(s) pessoa(s) de referência, que cuida(m) de si no dia-a-dia”³⁰.

3.2. O conceito de situação de urgência ou emergência no artigo 37º e no artigo 5º, alínea c) do LPCJP

Como já se descreveu no ponto 1.5.2., o artigo 37º da LPCJP não se expressou em termos de definir “perigo” a não ser no que diz respeito a “situação de urgência” quando se considerou que se está perante uma situação de emergência quando o perigo, para efeitos de aplicação da Lei, é “actual ou iminente”³¹ para a “vida ou integridade física da criança ou do jovem”. Assim, é através desta definição que se analisará criticamente a situação de perigo.

Vejamos, em primeiro lugar existe a previsão na lei de situações consideradas urgentes, originadas, entende-se por o perigo que representam ser não só muito grave como poder causar danos irreparáveis para a criança se não for imediatamente afastado o perigo. Até aqui, e se assim é, é apenas uma lógica correcta e louvável.

Para o ordenamento jurídico português é urgente retirar-se a criança quando o perigo põe em causa a sua vida ou a sua integridade física, de forma actual e iminente, ou seja, e como explica Beatriz Marques Borges³², quando o perigo é existente numa

³⁰ SOTTOMAYOR, Maria Clara. “A autonomia do Direito das Crianças” in *Estudos em Homenagem a Rui Epifânio*, Almedina, 2010. p. 87

³¹ Crê-se que, apenas por lapso, na Lei se escreveu eminente (muito acima do que o que está em volta; proeminente, alto, elevado) na vez de iminente (que ameaça se concretizar-se, que está a ponto de acontecer; próximo, imediato).

³² BORGES, Beatriz Marques “Protecção de Crianças e Jovens em Perigo. Comentários e Anotações à Lei n.º 147/99 de 1 de Setembro” Almedina, 2011. p. 58

determinada situação, num dado momento, e está prestes a eclodir. Logo, pode deduzir-se então que são estas as situações.

Parece que a letra da Lei é clara tendo até, neste ponto, tido a intenção de limitar a legitimidade de procedimentos urgentes a estas situações, e parece também que não deixa muito espaço para que se faça uma interpretação extensiva da letra da Lei.

Assim, não parece que haja qualquer dúvida sobre a legitimidade da intervenção urgente nas seguintes situações: quando a criança está a ser vítima de abusos sexuais, se tal não põe em causa a vida da vítima (entende-se que o legislador se quis referir especificamente a um perigo que possa causar a morte – de seguida melhor se entenderá a nota), pelo menos põe em causa a integridade física da vítima; o abandono ou outro tipo de negligência grave das necessidades básicas da criança ou do jovem, exploração para o trabalho, escravidão e tortura.

Aqui surge, então, um problema, ou se melhor se entender, dois: O que acontece quando os abusos são também muito graves mas se “limitam” ao foro psicológico? Isto é, quando o perigo em que se encontra a criança possa também causar danos irreversíveis, que alterem de forma definitiva o futuro da criança ou a obriguem a dispensar, para que recupere dos danos psicológicos causados, não só toda a sua infância mas de décadas da sua vida adulta, e isto se a recuperação se mostrar viável.

É mais certa a consequência nefasta dos danos graves que a possibilidade da recuperação. Por sua vez, é mais certa uma recuperação penosa, lenta e com marcas profundas do que uma recuperação ainda durante a infância. Julga-se não se poder definir na lei que o perigo de uma perna partida é maior que o perigo de um trauma por rejeição.

Entende-se que esta restrição aos procedimentos de urgência que a Lei impõe, é, com todo o respeito pelo legislador, fria e incompatível com a vida real, quase desumana ou demasiado formal.

Pelo que se consegue interpretar da lei, ou os danos são visíveis a “olho nu” ou não são danos. Julga-se que é importante que, tal como a lei se adapta à realidade social, também a resolução legal do problema se conjugue com a resolução real, i.e., a que acontece fora da sala de audiências, na vida e no futuro da criança.

Torna-se assim imperativo explicar por que é que se entende que tão importante quanto a integridade física, se não mais, é a integridade psicológica.

Por maus tratos psicológicos compreendem-se todas as atitudes de rejeição, depreciação, desrespeito, cobrança ou punição descontroladas por parte de um adulto para atender as suas necessidades psíquicas, e que podem causar danos ao desenvolvimento biopsicossocial da criança³³.

Sandra Nunes Alves³⁴ define os maus tratos emocionais. Segundo a autora³⁵ os maus tratos emocionais activos são a acção intencional por parte dos pais ou cuidadores que provoque dano ou sofrimento psicológico ou doença mental à criança. Os indicadores destes maus tratos são, entre outras, a hostilidade verbal crónica, o despreço ou ameaça de abandono por parte de um adulto do grupo familiar. Por parte da criança podem ser indicadores o nanismo psico-social, o atraso de desenvolvimento, a excessiva ansiedade ou rejeição das relações psico-afectivas, o insucesso escolar ou até os problemas de controlo dos esfíncteres e manifestar-se-á também quando os pais ou cuidadores parecerem não se preocupar com os problemas da criança. A negligência emocional ou, na definição da autora, os maus tratos emocionais passivos, verificam-se na falta persistente de resposta dos pais ou cuidadores aos sinais e expressões emocionais da criança, na falta de iniciativa e de interacção por parte da figura adulta de referência e ausência de procura de contacto e interacção desta com a criança. Os indicadores serão, entre muitos, a inexistência de carícias afectivas dos pais ou cuidadores, a indiferença dos mesmo perante o sofrimento da criança, e a pouca ou nenhuma disponibilidade para interagir com a criança.

Começa por defender-se esta tese através de um raciocínio lógico muito simples:

1. Os maus tratos físicos originam danos físicos e transtornos psicológicos na vítima, os maus tratos psicológicos desencadeiam traumas psicológicos.
2. Quem mal trata física ou psicologicamente alguém é porque tem um transtorno psicológico, seja ele qual for, temporário ou permanente, grave ou leve,

³³ FLORES, Vanda de Souza “Traumas da infância e suas consequências nas várias etapas da existência humana”, monografia pelo Instituto Superior de Ciências da Saúde, Salvador-BA, 2008. p. 26

³⁴ ALVES, Sandra Nunes. “Filhos da Madrugada, percursos adolescentes em lares de infância e juventude” Lisboa, ISCSP. 2007

³⁵ O pensamento da autora tem servido de base para elaboração dos guias de orientações oficiais elaborados para os profissionais da acção social e das forças de segurança na abordagem de situações de maus tratos ou outras situações de perigo.

intencional ou inconsciente, uma pessoa mental e psicologicamente equilibrada e saudável não maltrata outra pessoa.

3. Se quem é maltratado física ou psicologicamente fica com traumas ou danos psicológicos que por sua vez não só poderão eliminar a possibilidade da vítima levar uma vida normal, como tornar a vítima, mais tarde, em agressor, qual será a lógica para não se prevenir com mais urgência e se enquadrar no quadro jurídico dos procedimentos de urgência a integridade psicológica da criança ou do jovem?

“Os registros latentes dos sofrimentos e traumas causados pela família, pela influência dos meios de comunicações, pelas Instituições educacionais e religiosas, ficam no inconsciente do indivíduo, e repercutem em todos os seguimentos e etapas da sua existência. Quando isto acontece aparecem as mudanças comportamentais, que tanto levam ao excesso e descontrole como a apatia e a depressão. Ambos os sentimentos contribuem para que o indivíduo perca a sua vontade, a sua criatividade e a sua essência, até adoecer”³⁶.

Vivências traumáticas na infância, como maus tratos físicos e emocionais por parte dos pais ou cuidadores, exposição a múltiplos episódios de violência, abuso sexual ou perda dos pais, por separação ou por morte, podem levar a prejuízos duradouros para o desenvolvimento das crianças e adolescentes, com manifestações na vida adulta³⁷.

Os psicanalistas desde há muito vêm relacionando as neuroses da vida adulta com os traumas infantis e alguns autores têm atribuído a não-resposta terapêutica dos pacientes deprimidos a sequelas de traumas psicológicos ocorridos na infância³⁸.

Da perspectiva clínica, são numerosos os relatos de casos que apresentam a

³⁶ FLORES, Vanda de Souza “Traumas da infância e suas consequências nas várias etapas da existência humana”, monografia pelo Instituto Superior de Ciências da Saúde, Salvador-BA, 2008. p. 16

³⁷ HEIM, C./NEMEROFF, C.B. “The role of childhood trauma in the neurobiology of mood and anxiety disorders: preclinical and clinical studies”, *Biological Psychiatry* nº 49, 2001. pp. 1023 a 1039

³⁸ KAPLAN, M.J./KLINETOB, N.A. “Childhood emotional trauma and chronic posttraumatic stress disorder in adult outpatients with treatment-resistant depression” *The Journal of Nervous and Mental Disease*, nº.188, 2000. pp. 596 a 601

nítida associação entre traumas infantis com as patologias no adulto³⁹.

A violência física e a emocional também deixam graves sequelas, por gerações, constituindo-se um significativo factor de risco para inúmeros problemas na vida adulta, incluindo a depressão⁴⁰.

Entende-se que não se sentirão os juristas capazes de entender as consequências de traumas emocionais melhor que os especialistas. Assim, se existem numerosas obras, estudos e pesquisas que comprovam a gravidade dos danos emocionais, por vezes muito maior que a dos danos físicos, há que adaptar a letra da lei, ou, veremos, a leitura do texto da lei já existente, para que a norma que restringe os casos de legitimidade para intervenção através de procedimentos urgentes esteja compatível com a realidade.

3.3. Suspeita leve de crime grave: trauma menor.

Existe a possibilidade de se colocar uma dúvida, razoável, uma suspeita fundamentada, ainda que leve, de que a criança é vítima de um crime grave ou de que se encontra numa situação de perigo (físico ou psicológico) que, a existir, tem consequências graves.

Na dúvida entre duas possíveis consequências, uma delas deverá ser preterida: o trauma de uma separação brusca entre a criança e os pais que mais tarde se verifique injustificada ou o trauma da não separação, ou não intervenção quando mais tarde se verifique justificada. Esta última hipótese não diz respeito a qualquer falta de intervenção, mas ao trauma da criança – vítima de um crime ou de maus tratos graves que mais tarde se confirmam – que ultrapassou os medos e as represálias que geralmente implicam uma “confissão” a terceiros e, confiando na justiça, na protecção e na credibilidade que lhe darão as figuras (cujo papel desde cedo se apreende) do Polícia, do Juiz ou do Professor, e depois ainda se vê desprotegida, desacreditada e abandonada aos cuidados do agressor durante todo o tempo até que seja aplicada uma

³⁹ FREUD, S. 1893-1895; FREUD, S. 1986; COHEN, D.J. “Enduring sadness. Early loss, vulnerability, and the shaping of character” in *The Psychoanalytic Study of the Child Series*, vol.45, 1990. pp.157 a 178

⁴⁰ KAPLAN, S.J./PELCOVITZ, D./LABRUNA, V. “Child and adolescent abuse and neglect research: a review of the past 10 years. Part I: Physical and emotional abuse and neglect.” *Journal of the American Academy of Child and Adolescent Psychiatry*, Nº. 38, 1999. pp. 1214 a 1222.

medida. É de notar que esta medida não terá, a ter fundamento, aplicação com consentimento dos pais e, portanto, será aplicada obrigatoriamente posteriormente pelo Tribunal depois de seguido todo o procedimento exigível. Analisemos:

Em primeiro lugar, para que possamos fazer esta análise é necessário definir e distinguir os diferentes tipos de abusos cuja dúvida possa estar em questão, já que anteriormente se distinguiu os danos (psicológicos e físicos) e as suas consequências.

Existem situações concretas que levam a que sejam aplicadas, à partida, medidas de promoção e protecção da criança em perigo, elencadas no art. 3º da LPCJP.

Estas situações traduzem-se, entende-se, em diferentes tipos de abuso cometidos pela família ou por terceiros e podem, segundo Derek Kirton⁴¹, dividir-se em quatro grupos: o abuso físico, o abuso sexual, o abuso emocional e a negligência. Sendo que, por vezes, na maioria das vezes, as situações concretas envolvem mais do que um tipo de abuso em si.

O abuso físico pode incluir bater, sacudir, atirar, forçar a trabalhos pesados inadequados, queimar, sufocar, afogar ou de qualquer outra forma infligir quaisquer outros danos físicos na criança. É também considerado abuso físico quando a família ou o responsável inventa, fabrica ou deliberadamente induz sintomas de uma doença na criança.

O abuso sexual é forçar ou levar a criança ou o jovem a fazer parte de actividades sexuais, incluindo prostituição, quer a criança esteja ciente/consciente ou não do que está a acontecer. As actividades podem envolver contacto físico, incluindo actos com penetração (violação, toque interno com objectos, sexo oral) ou actos sem penetração. O abuso sexual pode envolver actividades sem contacto físico como a observação por parte da criança de actividades sexuais, participação na produção ou observação de imagens sexuais ou o encorajamento a comportamentos sexuais inadequados.

O abuso emocional que conduza a severos e persistentes efeitos adversos no desenvolvimento emocional da criança pode incluir incutir na criança o sentimento de que não tem valor, de que não é amada, que é inadequada ou que tem valor apenas quando satisfaz as necessidades ou agrada os outros. Pode traduzir-se em impor-se à criança expectativas inapropriadas e avançadas para a sua idade ou desenvolvimento.

⁴¹ KIRTON, Derek “Child Social Work Policy and Practice” Sage, 2009. pp. 83 a 90

Pode incluir interações que estão aquém das capacidades da criança, assim como sobreprotecção, limitação do conhecimento e da aprendizagem ou impedir a criança de participar em actividades sociais normais. Pode envolver ver ou ouvir cenas violentas, estar sujeito a insultos, ameaças, intimidações, humilhações de qualquer tipo.

A negligência é, para o que a este trabalho concerne, “a falha persistente de satisfazer as necessidades físicas e/ou psicológicas básicas de uma criança, que possa resultar em sérios prejuízos para a saúde da criança ou para o seu desenvolvimento. A negligência pode ocorrer durante a gravidez resultado do abuso de substâncias pela mãe. Uma vez que a criança nasce, a negligência pode envolver um dos pais ou um responsável falhar ao: providenciar comida adequada, roupa ou abrigo; proteger a criança de danos ou perigos físicos ou emocionais; assegurar supervisão adequada (incluindo o uso de cuidadores inadequados); assegurar o acesso apropriado a tratamentos e cuidados médicos; pode também incluir negligência, ou inércia no que diz respeito a, das necessidades básicas emocionais da criança”⁴².

Feita a distinção dos diferentes tipos de abuso (seja ele por acção ou por omissão) que originam aplicação de medidas de promoção dos direitos e protecção das crianças e jovens que, assim, se encontram em perigo, é importante acrescentar-se o que se entende por dúvida leve.

Dúvida leve não é, num exemplo, uma avó, zangada com uma mãe da criança, que vai procurar a comissão só para atingir a filha. É importante que haja testemunhas, ainda que inquiridas pela comissão, e que seja consistente com a acusação a atitude dos pais ou da própria criança, quando houver autorização para uma conversa na qual esteja presente esta e um psicólogo ou um médico, membros da comissão. Muitas vezes, uma só consulta com um psicólogo ou uma análise prévia feita por um médico deixa dúvidas. É essa a dúvida a que se refere. Se houve denúncia mas não houve consentimento, que seja consultada imediatamente a professora da escola – ou pessoa que se mostre mais indicada – e, na dúvida, fundamentada ainda que leve, por demorar a intervenção do Tribunal, que se torne legítimo o procedimento de urgência de aplicação de medida provisória em caso de dúvida. É também essa a dúvida que se refere neste ponto.

⁴² *Op. cit.* pp. 84 e 85

Chega o momento de justificar o porquê se entender que, na dúvida, ainda que leve, de que a criança sofre algum tipo de abuso grave, é preferível que a criança, ou o jovem, seja retirada à família de origem, a título provisório, até que se analise a situação.

Verificou-se, depois de intensa pesquisa, que existem traumas causados por maus tratos físicos ou emocionais que são mais difíceis de ultrapassar que outros. Verificou-se também, é certo, que não existe uma “resposta universal” ao trauma, cada ser humano reage de forma diferenciada a traumas por vezes análogos. Há traumas que não só são mais dolorosos de conviver que outros como muitas das vezes não chegam a conseguir ultrapassar-se. Assim, entende-se que entre as duas hipóteses de traumas que se colocou anteriormente, é mais grave e mais difícil de ultrapassar a segunda hipótese.

Analisemos uma hipótese prática. Existe a dúvida de que Maria, de 7 anos, é vítima de tortura em casa, tortura física e psicológica, suspeita-se que a mãe, com quem vive sozinha, fá-la, intencionalmente, passar fome, obriga-a a ficar em pé parada durante horas, grita, humilha-a e ofende-a constantemente, impede-a de dormir o tempo suficiente, de fazer os deveres da escola ou de tomar banho e arranjar-se devidamente quando sai de casa, ameaçando Maria caso ela conte a alguém. Apenas se desconfia porque, para além de ser muito magra e chegar à escola sempre faminta, relatam os professores da escola que Maria está sempre exausta, tem as pernas inchadas pela manhã, fica em pé, estática, até ordem em contrário, sempre que um adulto diz casualmente “fica aí”, manifesta genuína vontade de fazer o trabalho de casa quando é proposto mas demonstra grande vergonha e confusão quando ele nunca retorna realizado, dizendo que não foi capaz, embora sejam conhecidas as suas capacidades intelectuais. Maria não fala sobre a sua vida em casa, sempre disse que come bem e que a mãe é muito boa. Num último momento, momento seguido de uma represália da educadora, Maria pede que não a mande para casa porque a mãe vai obrigá-la a ficar a noite inteira de pé sem comer. Desabafo este que origina a denúncia.

Aqui existe a dúvida se a criança se encontra realmente em perigo ou não.

Numa primeira sub hipótese, vem a verificar-se que a Maria é, apenas e afinal, muito magra de natureza, come bem em casa mas come bem também na escola, porque tem um apetite acima do normal. É uma condição clínica que causa o inchaço nas pernas e a exaustão. A Maria e a mãe têm uma relação ternurenta, não lhe

faltando afecto ou cuidados. É simplesmente uma criança muito inteligente mas que não gosta de fazer trabalhos de casa porque prefere brincar, nem a mãe lho exige (e não nos parece que seja este um motivo para se aplicar medida provisória de promoção e protecção!). Fez o comentário com a professora porque é criança e pretendia evitar um castigo pela travessura cometida, sem consciência da gravidade da afirmação.

Hipoteticamente, qual a consequência do afastamento temporário nesta primeira sub hipótese? Na dúvida a criança é retirada provisoriamente à mãe, fica longe da figura protectora e, neste caso hipotético, única presente na sua vida, sofre o trauma de perda (que na sua cabeça de criança será perda definitiva), da separação, da insegurança. Maria é, depois de analisada a situação, devolvida à mãe, sendo recomendado tratamento para a sua situação clínica, substitui-se a medida de protecção por apoio junto aos pais por ser necessário encaminhar a Maria para profissional competente de forma a ultrapassar o trauma e a ganhar hábitos no cumprimento das tarefas escolares. É uma situação desagradável que causou, só por si, um trauma. Mas tenha-se em conta dois aspectos: Maria voltará a viver com a mãe e a sentir a protecção e o amor que dela sempre teve e, em segundo lugar, Maria não foi retirada da mãe e colocada numa prisão nem numa sala de tortura, Maria foi provisoriamente para uma instituição ou uma família de acolhimento, manteve contacto com a mãe e recebeu todos os cuidados que, nestas condições, são proporcionados, incluindo acompanhamento psicológico.

Agora, analisando a mesma hipótese, abrindo-se uma segunda sub hipótese, na qual todas as suspeitas se confirmam mas a criança não foi imediatamente afastada da família. A Maria, enquanto não se confirmam as suspeitas, fica aos cuidados da mãe. Após ter enfrentado o medo de expor o perigo em que vive, de ter confiado na Professora e nos adultos que durante todo o processo a rodearam, a Maria continua a ser maltratada física e psicologicamente. Mas agora ciente que o abuso que sofre é do conhecimento dos adultos. Maria tem apenas sete anos, com certeza não pensará “é melhor assim, porque eles precisam ter provas”, Maria pensará que contou e pediu ajuda e que ninguém acreditou nela. Acontecerá, de cada vez que for maltratada, a total desacreditação no outro ser humano que a devia proteger, no sistema jurídico de protecção, nas figuras de autoridade. Maria fechar-se-á. Porque haveria ela de voltar a contar e pedir ajuda, ainda que seja perguntado inúmeras vezes, se ela “sabe” que vai voltar para casa e vai voltar a sofrer represálias por ter contado? Mais tarde, quando

se confirmam as suspeitas, Maria é retirada de junto da mãe. Mas Maria é agora uma criança duplamente traumatizada. Traumatizada pelos abusos sofridos pela progenitora, que seria a pessoa que deveria amá-la e protegê-la e nunca maltratá-la e rejeitá-la, e a sofrer o trauma de, para além de desacreditação da figura progenitora, desacretização da figura de autoridade, desacretização das figuras com a função pública de garantir a justiça e a segurança, para além de outros traumas mais complexos cuja análise não é própria nesta tese.

O primeiro trauma (causado pelo comportamento da mãe) não se poderia evitar com a intervenção provisória, visto que é prévio à denúncia, mas o segundo trauma, aquele causado pela falta de intervenção provisória sim. Este segundo trauma traz sequelas profundas no desenvolvimento da criança e do jovem, na sua relação com terceiros, na expressão dos seus sentimentos e provocará comportamentos que, quando maior, serão prejudiciais para toda a comunidade. A criança, uma vez adulta, não respeitará as regras por não acreditar nelas e não respeitará a sociedade por não se sentir parte dela ou alvo da sua protecção.

Assim, é muito mais grave o segundo trauma que o primeiro e, por isso se defende que, na dúvida, quando é necessário arriscar numa intervenção urgente, é sempre preferível retirar uma criança dos pais e depois devolvê-la se não se confirmar a existência de qualquer perigo, do que não retirar e, por pouco tempo que demore, depois se confirmar a existência de maus tratos ou abusos.

E não será também esta solução compatível com a defesa da comunidade? Esta solução garante não só o melhor interesse da criança ou do jovem como o melhor interesse da comunidade⁴³.

⁴³ As opiniões dos profissionais, referidos na introdução, ouvidos no âmbito da pesquisa prévia para realização deste trabalho, assim como a de todos os outros profissionais entrevistados formal ou casualmente que trabalham com crianças, jovens e adultos que são, ou um dia foram, crianças ou jovens em perigo, vão ao encontro da opinião defendida nestes pontos 3.2 e 3.3..

4. Intervenção definitiva – Tempo para uma decisão que defina a situação de vida da criança.

4.1. O direito à identidade pessoal, à autonomia e ao desenvolvimento da personalidade.

A identidade pessoal é, não menos, aquilo que o indivíduo sente, experiencia, vê e aprende, num plano de percepção interior que é por si e apenas por si vivido e exteriorizado, de forma única e diferenciada de qualquer outro indivíduo.

A identidade é adquirida ao longo de toda a vida, mas é na infância que se constroem as bases da identidade pessoal. É através dos exemplos dados pelos outros, dos ensinamentos, das oportunidades proporcionadas, das situações com que se confronta no dia-a-dia que a criança se desenvolve, aprende aquilo que é certo e errado, cria e forma sentimentos face ao mundo exterior e a terceiros.

“Afectos e modelos de vida familiares, educacionais e sociais na infância são, assim, de grande importância na construção da personalidade da criança, que contribuirão para o moldar como pessoa, aquela que, em cada momento, tem de saber viver consigo própria e com os outros”⁴⁴.

Nos termos do nº.1 do artigo 27º da CDC “os Estados Partes reconhecem à criança o direito a um nível de vida suficiente, de forma a permitir o seu desenvolvimento físico, mental, espiritual, moral e social.” E nos termos do artigo 3º da DIDGH “cada indivíduo tem uma constituição genética característica. No entanto, não se pode reduzir a identidade de uma pessoa a características genéticas, uma vez que ela é constituída pela intervenção de complexos factores educativos, ambientais e pessoais, bem como de relações afectivas, sociais, espirituais e culturais com outros indivíduos, e implica um elemento de liberdade”.

Também no nosso ordenamento interno a CRP, no seu artigo 26º, garante a protecção do direito da criança e do jovem à identidade pessoal, à autonomia e ao desenvolvimento pessoal, reconhecendo a todos os direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e

⁴⁴ RIBEIRO, Alcina Costa. “Autonomia de criança no tempo de criança” in *Estudos em Homenagem a Rui Epifânio*, Almedina, 2010. p. 13

reputação, à imagem, à palavra, à reserva da intimidade da vida privada e familiar e à protecção legal contra quaisquer formas de discriminação.

4.2. O “tempo útil” de criança para o desenvolvimento da personalidade.

Existe um tempo, durante infância, dentro do qual a criança está no período adequado para o desenvolvimento das suas capacidades e da personalidade. Existe um tempo disponível para a correcta e atempada apreensão dos valores de vida, da construção de uma sólida formação pessoal sem o sacrifício, por parte do menor, de direitos constitucionalmente garantidos quando adulto.

No ordenamento jurídico português o tempo da criança está delimitado, considerando-se que quando o indivíduo completa 18 anos deixa de ser menor dando-se início ao tempo de adulto. Tal encontra-se consagrado no art. 122º do Código Civil e no art. 1º da Convenção Europeia sobre o Exercício dos Direitos das Crianças, quando fala em crianças que ainda não tenham atingido os 18 anos.

“E estes tempos não têm a medição exacta e objectiva da idade. Nem todas as crianças com a mesma idade possuem a mesma maturidade, capacidade de entendimento, discernimento ou vontade. Cada criança, única e especial, cresce no seu tempo e durante o seu tempo, de forma única e especial. E no período que demora a conseguir este crescimento corresponderá ao seu tempo, ao tempo de ser criança, no qual vai construindo a sua autonomia”⁴⁵.

Não se poderá exigir, em circunstâncias normais, que o juiz, decisor, compreenda individualmente para cada criança qual o momento correspondente ao fim da idade, tempo, de criança e início da idade adulta.

Não se pode arriscar que este período de tempo decorra sem que tenha sido dada à criança uma oportunidade para desenvolver o potencial máximo das suas capacidades. Sendo necessário que se sinta pertencente ao meio onde vive, sem sentir que a sua situação de vida é eternamente temporária e indefinida. Não se poderá permitir que o futuro de uma criança seja colocado em risco por depender da estabilidade e a definição da decisão de pais em constante tentativa, ou de uma esperança num reingresso na família de origem quando já foram suficientes as falhas que causam prejuízo ao pleno desenvolvimento da criança.

⁴⁵ RIBEIRO, Alcina Costa. “Autonomia de criança no tempo de criança”. In: Estudos em Homenagem a Rui Epifânio, Almedina, 2010. p. 15

Entende-se não ser admissível que a criança permaneça na “corda-bamba” até ao final do seu tempo útil.

Analisemos a idade limite para uma tomada de decisão, ou seja, o momento até ao qual deve dar-se uma oportunidade àqueles pais que não fizeram desde o início esforço suficiente para merecer o direito a educar e ter consigo o seu filho. É necessário ter em conta que, a cada nova oportunidade dada aos pais “reincidentes” é preterida mais a oportunidade que merece a criança a uma vida estável e que lhe permita o seu pleno desenvolvimento a todos os níveis.

De cada vez que se dá à família da criança uma nova oportunidade para criar condições de acolherem o menor, são, muitas vezes, frustradas as expectativas e, assim, desperdiçada parte do tempo útil de que a criança dispunha.

O indivíduo, ser humano, desenvolve e modifica a sua individualidade e comportamento ao longo de toda a sua vida. Contudo, é numa fase inicial que adquire as competências que lhe irão permitir adquirir todas as noções, conhecimentos e valores base. É difícil dizer que o ser humano muda; ele não muda, adapta o seu comportamento ao socialmente desejável. A personalidade não muda, desenvolve novas facetas e evolui.

“Promover o harmonioso desenvolvimento da personalidade da criança e do adolescente, para que adquira e consolide competências para vir a poder escolher e decidir, de forma digna e responsável, os aspectos da sua vida, dando a esta o rumo que entender, reconhecendo à criança autonomia durante o seu tempo de criança, tem sido nota dominante”⁴⁶.

Este tempo está estreitamente ligado ao que se entende útil para que a criança seja educada de forma que a permita prosseguir a sua vida de modo socialmente responsável, em conformidade com as normas jurídicas fundamentais. Esta educação constitui as bases da formação que, mal formadas ou tardiamente apreendidas, se traduzem numa maior dificuldade no respeito pela norma jurídica e, *maxime*, pelos valores que lhe estão subjacentes⁴⁷.

⁴⁶ RIBEIRO, Alcina Costa. “Autonomia de criança no tempo de criança”. In: Estudos em Homenagem a Rui Epifânio, Almedina, 2010. p. 17

⁴⁷ AGRA, Cândido/CASTRO Josefina, “La justice des mineurs au Portugal. Risque, responsabilité et réseau”, in *La justice pénale des mineurs en Europe. Entre modèle welfare et inflexions néolibérales*. Paris : L’Harmattan. 2007

4.3. A importância do sentimento de pertença e da consciência da estabilidade para o desenvolvimento da criança em comparação com as consequências da incerteza e do sentimento de “futuro temporário”.

É importante, ou melhor, fundamental para o desenvolvimento da criança que esta se sinta parte.

Este sentimento de pertença alcança-se quando a criança se sente integrada na família, no agregado familiar, quando se sente identificada com os seus. Não existe este sentimento enquanto a criança se encontra em situação indefinida ou instável, quando é constantemente retirada e devolvida à família, ou recolocada ao cuidado de famílias de acolhimento ou instituições.

Se uma decisão, bem sucedida, de “devolução” da criança à família de origem resolve qualquer questão, pelo contrário a indecisão não é melhor que uma má decisão de “devolução” da criança à família de origem, **neste aspecto do sentimento de pertença.**

Apesar da teoria defendida de que é necessária e essencial uma decisão em tempo “breve” relativa ao destino não temporário da criança, é necessário analisar os aspectos que permitem o sucesso da adopção e do acolhimento permanente, respectivamente, ao proporcionar segurança e permanência e ao promover resultados positivos para as crianças.

Julga-se que, quando há sério risco de se comprometer o futuro da criança ao devolvê-la à família de origem, a criança deve ser entregue para adopção sem mais demoras, caso se tenha chegado à conclusão de que será pouco provável o sucesso da aplicação das outras medidas de promoção e protecção – que não a constante da alínea g).

Verificou-se num estudo realizado pela Universidade de York que a adopção se torna mais provável de ser bem sucedida se a criança nunca tiver sido colocada aos cuidados de familiares e se o contacto directo com os pais biológicos tiver sido interrompido⁴⁸.

⁴⁸ BAKER, Claire/BIEHAL, Nina/ELLISON, Sarah/SINCLAIR, Ian. “Characteristics, outcomes and meanings of three types of permanent placement –

O *sentimento de comunidade*, como elemento psicológico, pode ser definido como o sentimento de pertença que possuem os membros, que se preocupam uns com os outros, com o grupo e têm uma fé partilhada de que “as necessidades dos membros serão satisfeitas através do seu compromisso de estar e actuar juntos”⁴⁹.

Armando Leandro manifesta, nas suas conclusões⁵⁰, que é de fundamental importância a qualidade da infância para o desenvolvimento de cada pessoa tanto a nível individual como para a vida em sociedade, como ser autónomo, responsável, solidário e tanto quanto possível feliz. “Qualidade manifestada aos níveis dos afectos, do suporte adequado à condição da criança, e da sua educação; e reflectida na satisfação, em consonância com o seu grau de desenvolvimento, das necessárias condições simultâneas de segurança, de interiorização de valores e regras, e de efectivas oportunidades, criativas e sadiamente responsabilizantes, de exercício dos seus direitos à palavra e à participação”. Reforça, também, a importância da “essencialidade de uma família onde a criança seja amada como filho e que reúna as condições e sentido das responsabilidades genericamente acima salientadas a propósito da *qualidade da infância*” e a “importância de um contexto comunitário de proximidade valioso, ao nível dos afectos e da qualidade e quantidade das oportunidades de apoio proporcionadas à criança e à família, em vários domínios – habitacional, educacional, laboral, cultural, social e económico”.

Conseguir-se-á uma melhor compreensão e a comprovação prática de que entre os direitos da criança se contam, com especial relevo, o direito a uma família, quando, na prática, for reconhecida e posta em prática a importância e urgência para o desenvolvimento da criança, futuro adulto, do sentimento de pertença intrinsecamente ligado ao amor de uma *verdadeira família*, à estabilidade, às oportunidades proporcionadas à criança e à perspectiva de um futuro.

adoption by strangers, adoption by carers and long-term foster care” in *Study by Social Policy Research Unit*, University of York, Setembro 2009

⁴⁹ ORNELAS, José. “Psicologia Comunitária”, Editora Fim de Século, 2008. p. 49 a 66

⁵⁰ LEANDRO, Armando. “Direitos da criança e comunidade” in *Estudos em Homenagem a Rui Epifânio*, Almedina, 2010. pp. 61 a 63

4.4. Papel dos intervenientes, a nível profissional e pessoal, na vida da criança e importância destes no processo de promoção e protecção.

No decorrer do processo de protecção e promoção de direitos de crianças e jovens vão sendo muitas as pessoas que intervêm no processo ou, por vezes, apenas na vida do menor, e que contribuem ou têm potencial para contribuir de forma benéfica para uma melhor decisão sobre o futuro da criança ou do jovem.

Analisemos os intervenientes passo a passo.

Existe, em primeiro lugar a criança ou o jovem em perigo. Alvo da protecção e quem vai ser mais afectado pela decisão que se busca. Em relação à criança, salienta-se a importância da existência de um contacto directo, em algum momento com o decisor. Não se entende necessário que o decisor estabeleça uma relação de confiança, mas entende-se inadmissível e impeditivo da persecução do superior interesse da criança que, na maioria dos processos, o decisor nunca chegue a ter qualquer contacto com quem vai ser o maior afectado pela sua decisão.

Quando seja inviável um contacto pessoal entre o decisor e a criança ou o jovem em perigo, será necessário criar condições para haver uma comunicação eficaz e completa entre a criança e quem foi incumbido de estabelecer com a criança a relação de confiança, sob um ponto de vista profissional, e, por sua vez entre este e o decisor, de forma a que o decisor melhor possa entender qual o melhor interesse para aquela criança. De qualquer forma, far-se-á uma proposta mais completa relativamente a este aspecto no ponto 5.8. desta dissertação.

Depois, e partir daqui sem enumeração de acordo com a importância do interveniente, existe o Juiz ou Juízes (Primeira Instância, Relação, Supremo), os Magistrados do Ministério Público e a CPCJ, que decidem ou têm uma forte influência na decisão de aplicação de medidas, da sua execução, duração, revisão e cessação, até a uma possível posterior adopção.

Outro interveniente constante será a família de origem da criança ou do jovem, seja esta a família biológica, composta por pais, avós ou tios, a família que tinha a guarda de facto ou simplesmente o representante legal.

Deveriam intervir no processo de promoção e protecção da criança ou do jovem em perigo mais do que se verifica na realidade, os professores, educadores e auxiliares do jardim de infância ou da escola que o menor frequente, que carregam

consigo um conjunto de informações e ligação com o menor que são, na maioria das vezes, subestimadas pelo decisor.

Quando a criança se encontra aos cuidados de família ou instituição de acolhimento, são intervenientes os membros dessa família e os técnicos da instituição.

Intervêm, ou deveriam intervir, sem ser suficiente um mero e muitas vezes impessoal relatório escrito, os médicos, pediatras, psicólogos, psiquiatras que acompanham a criança ou o jovem e realizam exames, avaliações psicológicas e perícias sobre a sua personalidade.

São muito importantes os assistentes sociais ou técnicos de serviço social. Entende-se que não tem sido suficiente o relatório social que é da sua competência e que devia ser-lhes dada a oportunidade e meios de conviver com a criança e com a família de origem sem se limitar a função a uma visita a sua casa, rápida e apenas para verificar se existe mobília suficiente. Julga-se ser maior a facilidade de análise das condições e intenções quando o trabalho destes técnicos é mais do que uma mera formalidade ou burocracia. Segue-se o mesmo raciocínio que permite provar que é difícil a uma testemunha, que mente, contar a mentira sempre da mesma forma quando se lhe faz a mesma pergunta diversas vezes e sob abordagens diferentes.

Por fim, intervêm no processo aquelas pessoas que a criança tem como referência ou que têm com ela uma ligação próxima de amizade ou de protecção e com quem não tem ligações familiares. Estas pessoas são, por vezes, quem sabe pormenores muito importantes sobre a vida da criança ou do jovem em perigo por estarem a observar de fora, mas continuamente, com a mesma imparcialidade e distanciamento que cabem ao Juiz. Estas pessoas raramente são chamadas ao processo, não só por falta de meios mas também pelo simples facto de que se não há contacto directo entre os decisores e a criança, é difícil chegar ao conhecimento do decisor a existência de uma pessoa que poderia ser uma peça fundamental para um boa decisão.

5. Proposta para a diminuição dos danos emocionais e dos danos para a integridade psíquica do menor e para uma maior celeridade na decisão que termine com a instabilidade e provisoriedade da situação de vida da criança.

5.1. Alargamento do âmbito da alínea c) do artigo 5º. da LPCJP para se nele enquadrarem as situações de perigo actual ou iminente para a integridade psíquica/emocional e perigo actual e grave para o desenvolvimento da criança.

Na sequência do que foi defendido nos pontos 3.2. e 3.3. desta dissertação, propõe-se, dentro das possibilidades que se afiguram mais exequíveis, duas de três hipóteses.

No que se refere ao ponto 3.2., seria importante, para a adequação da Lei à realidade das crianças e jovens em perigo que, no âmbito de aplicação de medidas provisórias, ao abrigo dos artigos 37º, 91º e 92º da LPCJP, e mais propriamente na definição de situações de urgência da alínea c) do artigo 5º, se considerasse também situação de emergência a situação de perigo para a integridade psicológica da criança ou do jovem, quando o perigo envolva a possibilidade de danos psíquicos e/ou emocionais graves e a longo prazo para o menor. Por já se ter demonstrado e comprovado a gravidade de um dano ou trauma psicológico, que afecta não só todo o desenvolvimento e qualidade de vida futura do menor, como põe em risco a própria comunidade, considera-se esta alteração benéfica não só para o superior interesse da criança e do jovem em perigo como também para a defesa do superior interesse público, no respeito pelos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos.

Assim, se existe legitimidade de intervenção quando existem maus tratos psíquicos (3.º/2 b)), também a existência desses maus tratos deve poder servir de fundamento para a aplicação de medidas provisórias no âmbito do artigo 37º. LPCJP. Propondo-se o seu enquadramento nas situações de urgência/emergência da alínea c) do artigo 5º. da LPCJP, quando a gravidade do perigo e a gravidade dos danos psíquicos justificar esse procedimento de urgência.

Propõe-se, pois, que seja a letra da norma constante na alínea c) do artigo 5º da LCPCJP alterada para “Situação de urgência — a situação de perigo actual ou

eminente para a vida ou integridade física ou psicológica da criança ou do jovem, quando o dano psíquico for grave e passível de provocar danos a longo prazo que afectem o desenvolvimento e a qualidade de vida futura da criança ou do jovem”.

A não ser viável, para já, uma alteração da letra da Lei propõe-se que seja aceite uma interpretação extensiva através da palavra “vida”, ou seja, que não seja este perigo para a vida entendido apenas no sentido de perigo de morte, mas que seja este “perigo para a vida” interpretado também no sentido de existir perigo para a vida do menor na possibilidade da afectação da sua vida futura, do seu desenvolvimento e da sua qualidade de vida. Deve assim enquadrar-se esta previsão para os casos em que o futuro, o desenvolvimento e a qualidade de vida da criança puderem ser de tal forma afectados que os danos não permitam à criança ou ao jovem o seu desenvolvimento integral.

Justificam-se estas propostas porque se entende estar a ser violado o direito garantido constitucionalmente ao menor no artigo 69º da CRP, e o seu direito a uma qualidade de vida com respeito pela dignidade da sua pessoa humana, garantida pelo artigo 1º da CRP, se é negada à criança ou ao jovem em perigo a protecção e a segurança que o Estado se compromete constitucionalmente a garantir quando não cumpre a sua tarefa fundamental de, segundo o disposto no artigo 9º, alínea d) da CRP, “promover o bem-estar e a qualidade de vida do povo e a igualdade real entre os portugueses, bem como a efectivação dos direitos económicos, sociais, culturais e ambientais, mediante a transformação e modernização das estruturas económicas e sociais”, já que se demonstrou que a qualidade de vida diminui consideravelmente quando existem graves traumas psicológicos.

Já no âmbito da análise feita no ponto 3.3., propõe-se que seja a intervenção através de medida provisória, isto é, através de procedimento de emergência, legítima não só quando o perigo é certo e comprovado mas também quando existe dúvida fundamentada de perigo, a ser confirmado, passível de causar dano superior àquele causado pela intervenção que se demonstra não ter tido fundamento. Assim, é a intervenção justificada, por visar proteger interesses superiores e bens jurídicos de valor superior, em caso de dúvida, e, assim, legítima.

5.2. A não prevalência ou preferência da medida de acolhimento em instituição sobre a medida de confiança a pessoa seleccionada para a adopção ou a confiança a instituição com vista a futura adopção.

Pretende-se que a ordem pela qual foram elencadas as medidas de promoção e protecção do artigo 35º da LPCJP não seja confundida com a ordem de preferência na sua aplicação. Mais propriamente que não existe motivo para que a medida de acolhimento em instituição, quando aplicada de forma prolongada ou, constantemente, revista e reaplicada, não seja preferível à medida de confiança a pessoa seleccionada para a adopção ou a confiança a instituição com vista a futura adopção por tal ser prejudicial para a criança ou jovem em perigo que assim esgota a sua oportunidade de construir e adquirir bases estáveis e equilibradas, em tempo útil, que lhe permita o desenvolvimento integral e uma futura qualidade de vida.

Ou seja, entende-se que a ordem pela qual as medidas do artigo 35º., número 1, da LPCJP estão elencadas diz respeito à **gravidade** da situação de perigo em que se encontra a criança e, assim, ao grau de afastamento relativamente aos pais (família de origem) que a criança em perigo necessitará para a sua protecção (protecção do seu desenvolvimento integral).

A medida de protecção elencada na alínea a) preconiza a situação de menor perigo para o desenvolvimento integral da criança. Afastar-se-á o perigo através do apoio das entidades junto dos pais, não se retirando o menor do convívio com a família em momento algum. A medida elencada na alínea g) “confiança a pessoa seleccionada para a adopção ou a instituição com vista a futura adopção” caracteriza-se por ser a medida de ruptura total com a família biológica.

Pelas medidas intermédias situam-se casos de necessidade de afastamento temporário relativamente à família ou de apoio junto a pessoa idónea que não seja, no entanto, da família, mas tenha alguma ligação emocional prévia com a criança.

E é este e apenas este critério do **grau de afastamento da família** de origem que determina a medida de confiança a pessoa seleccionada para a adopção ou a instituição com vista a futura adopção aparecer depois da medida de acolhimento em instituição, na ordem do elenco de medidas. **Não estando a *ratio* desta ordem ligada à preferência**, no que diz respeito ao benefício que traz para a criança, de medida a adoptar.

Não há motivos para se entender que deve ser dada preferência à medida da alínea f) sobre a medida da alínea g). É sempre preferível que à criança seja dada uma oportunidade de crescer num ambiente familiar e de criar nova família, novos laços, em detrimento da opção que a levará a crescer em ambiente institucional, desprovida de sentido de pertença e de desfasamento da sociedade, por melhor que sejam o ambiente e as condições vividas na instituição.

Neste mesmo sentido aponta o artigo 20º da Convenção sobre os Direitos da Criança prevendo que quando a criança é privada do seu ambiente familiar o Estado deve assegurar a sua protecção. Sendo que apenas “no caso de tal se mostrar necessário” deve ser colocada em estabelecimentos ou instituições, sendo sempre preferenciais a colocação familiar e a adopção.

Ainda no ordenamento jurídico nacional, a LPCJP prevê o princípio da prevalência da família, no seu artigo 4º, alínea g), estabelecendo que “na promoção de direitos e na protecção da criança e do jovem deve ser dada prevalência às medidas que os integrem na sua família ou que promovam a sua adopção”, assim como a CRP prevê nos seu art. 36º, nºs 6 e 7, que a adopção é uma das formas pelas quais se obtém a separação entre a família de origem e a criança, quando tal se mostra necessário para a garantia do seu integral desenvolvimento e protecção.

Por último, em estudo apresentado pela Universidade de York⁵¹, é demonstrado que as crianças que se encontravam em colocações chamadas instáveis ou não definitivas tiveram significativamente pior resultado na avaliação das dificuldades comportamentais e emocionais (Questionário de Capacidades e Dificuldades/Strengths and Difficulties Questionnaire [SDQ]⁵²) em comparação com as crianças cuja experiência está ligada a família de acolhimento ou adopção, mesmo quando não se tratava de adopções ou acolhimentos bem sucedidos.

⁵¹ BAKER, Claire/BIEHAL, Nina/ELLISON, Sarah/ SINCLAIR, Ian. “Characteristics, outcomes and meanings of three types of permanent placement – adoption by strangers, adoption by carers and long-term foster care” in *Study by Social Policy Research Unit*, University of York, Setembro 2009.

⁵² O SDQ é um questionário breve de traigem comportamental feito a crianças do 3 aos 16 anos de idade. O SDQ existe em várias versões para atender a necessidades de pesquisadores, clínicos e educadores e todas as versões analisam sintomas emocionais, problemas de conduta, hiperactividade/*deficit* de atenção, problemas de relacionamento com colegas e comportamento pró-social. Os SDQ podem ser consultados em <http://www.sdqinfo.com/> e www.sdqscore.org.

5.3. A situação-limite que admita, ainda, a aplicação de medidas que permitam o regresso da criança à família de origem.

Pai é Pai, mãe é Mãe. Enquanto a criança não tiver oportunidade de contactar com uma realidade onde o papel da figura materna e da figura paterna não esteja aliado aos maus tratos ou à desprotecção, não lhe será possível querer um futuro diferente da situação que vive. Nunca sequer terá oportunidade de criar outro laço mais forte que aquele que criou com a família de origem. E por mais que esse laço marque e impressione é para isso que os adultos que sabem mais e melhor que uma criança têm o dever de proteger o menor em perigo, por terem a maturidade de entender uma situação prejudicial ao desenvolvimento integral de uma criança e de ver o plano futuro mais amplamente. São os adultos quem sabe, ou devia saber, o resultado que pode ter uma mudança.

A situação-limite não está, nem se entende dever estar, regulada com critérios que tirem ao decisor margem de arbitrariedade para que decida com equidade e sensatez em cada caso concreto. No entanto, sabendo-se que há situações que não devem, ou não deveriam, considerar-se como toleráveis distinguem-se entre situações-limite na prática, onde ainda se vê possibilidade de resolução, e situações inadmissíveis ou irrecuperáveis, na óptica da experiência da criança que as vive.

Entre as situações concretas que levam a que sejam aplicadas, à partida, medidas de promoção e protecção da criança em perigo, elencadas no artigo 3º da LPCJP, fez-se uma distinção entre o abuso físico, abuso sexual, o abuso emocional e a negligência. Abusos ou negligência que podem ter origem em acções ou omissões por parte dos pais, do representante legal ou de quem tiver a guarda de facto da criança ou do jovem.

Assim entende-se, após a análise destas situações no ponto 3.3., que para se saber se é correcta a aplicação de medida de promoção e protecção que permita o regresso da criança à família de origem basta fazer o raciocínio lógico: o abuso sofrido pela criança afectou, de forma grave o seu desenvolvimento ou vai obrigá-la a despende de boa parte do tempo útil para o seu desenvolvimento, da sua infância ou juventude, para a sua recuperação física e psicológica (nos termos do artigo 34º, alínea c) da LPCJP)? Se a resposta é positiva, então uma segunda pergunta se coloca. A situação que originou a intervenção é de tal forma grave que marque de forma

permanente a relação entre a criança e a família de origem? Entende-se não ser justo pedir à criança que abdique de ter na sua vida uma figura materna e paterna que não relacione necessariamente com uma situação de perigo. Uma terceira pergunta se coloca: existe risco de a criança, depois de recuperar física e psicologicamente, voltar a encontrar-se na mesma situação de perigo? (caso já tenha sido aplicada alguma medida antes desta ponderação e não tenha sido bem sucedida, então a resposta é positiva).

Parece que a resposta se encontra: se a criança já teve de despende de parte do seu tempo útil de criança, tempo que necessita para o seu desenvolvimento pleno, para recuperar física e psicologicamente, não se deve “devolver” a criança quando há sério risco de esta se reencontrar em situação de perigo, tendo de voltar mais uma vez a recuperar nos termos previstos na Lei e, assim, perder a oportunidade de se tornar num adulto com as suas capacidades plenamente atingidas e com um desenvolvimento integral conseguido em tempo útil para uma boa qualidade de vida.

5.4. O momento em que a protecção da criança em perigo e do seu futuro deixa de ser compatível com o regresso à família de origem e com a aplicação de medidas de ruptura com a família biológica.

Este momento prende-se com a resposta ao ponto anterior. Quanto mais cedo houver uma decisão definitiva melhor. Seja a decisão de regresso à família de origem ou de ruptura com esta. E não pode regressar uma criança a uma família que não se comporta como família. O momento é aquele em que se vê um sinal de que não há verdadeira intenção dos pais de mudar ou de tratar a criança com dedicação, por mais que os esforços mínimos exigidos tenham sido cumpridos apenas de forma a evitar a “entrega” do menor para adopção. Um sentimento de posse/egoísmo por parte da família de origem é, infelizmente, típico e deve ser verificado e as suas consequências atenuadas. Isto é da competência dos magistrados e outros profissionais que trabalhem em conjunto com estes, no caso concreto: psicólogos, assistentes sociais, membros da CPCJ, etc.

Enquanto são evidentes os sinais físicos, médicos, de desempenho escolar e comportamentais que desencadeiam o processo de intervenção por parte do Estado, as investigações tendem a focar-se na credibilidade parental, com análises e julgamentos da sua conduta, aparentes preocupação e cooperação. “Os profissionais andam

constantemente sobre a linha limite da boa vontade que permite aplicar a regra do optimismo, dando o benefício da dúvida, atendendo à preocupação paternal e muitas vezes acabando por agirem e serem tidos por ingénuos se não são detectados abusos e falhas que destruirão o futuro da criança”⁵³.

5.5. Alteração da mentalidade relativa à importância excessiva dada à família de sangue para a melhor aplicação das normas/do regime existente.

O regime existente onde se integram todas as normas que asseguram a promoção dos direitos e a protecção das crianças e dos jovens em perigo, por forma a garantir o seu bem estar e desenvolvimento integral, é no seu contexto geral um regime adequado, sem prejuízo de alterações ou adaptações que se venham mostrando necessárias com o passar do tempo, sendo por isso mínimas, embora importantes, as alterações legislativas sugeridas. No entanto, existe ainda, na nossa cultura, uma grande confusão na nossa sociedade entre a prevalência da família, ou seja, os parentes de uma criança, e a prevalência dos laços de sangue, ou seja, da família biológica.

Cultura esta que ainda muito confunde os laços de sangue com o amor e o afecto, presunção que tende a resistir à mudança.

Na nossa sociedade ainda se tem receio e dificuldade em permitir que as relações de parentesco se desliguem das relações biológicas. “O estudo dos sistemas de parentesco assume grande importância no trabalho dos antropólogos, pois as culturas por ele estudadas pertencem, na sua maioria, a uma categoria de sistemas sócio-culturais em que as relações de parentesco são a principal forme de organização social. (...) Ao longo de muitos estudos os antropólogos concluíram que existem universalmente dois princípios mentais subjacentes à organização social de qualquer grupo doméstico: a afinidade e a filiação. (...) O parentesco é assim o resultado da conjugação de dois princípios: afinidade e consaguinidade.”⁵⁴.

⁵³ KIRTON, Derek. “Child Social Work Policy and Practice” Sage, 2009. p. 83

⁵⁴ BATALHA, Luís “Breve análise sobre o parentesco como forma de organização social” pelo Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas, Lisboa, 1995. p. 751

Assim, provado que “as relações de parentesco são muitas vezes confundidas com relações biológicas”⁵⁵, é necessário entender, ainda que tenha muita força e importância a necessidade de o ser humano conhecer as suas origens, isto não se confunde com a necessidade que tem de se sentir integrado numa família que, em última análise é importante que seja uma verdadeira família e não uma família biológica. Pois é com esta família que se vai identificar e relacionar os seus valores, ter apoio durante o seu crescimento e vida adulta, é com estas pessoas que vai passar o natal, o aniversário, são estas pessoas que vão influenciar a sua escolha de vida, a sua religião, o seu futuro profissional, é a estas pessoas que vai contar sobre o seu sucesso académico ou apresentar o seu companheiro/companheira, estes serão os seus parentes, independentemente de serem família biológica ou não.

Não se quer, em momento algum retirar importância ao direito, que se conhece à identidade biológica, concordando-se que “o reconhecimento do direito à identidade biológica/genética para o ser humano, sujeito de direitos e deveres, assume relevância na atual conjuntura em que se desenvolvem os valores sociais e, especialmente, a ciência da medicina genética e biotecnologia. A busca pelo conhecimento da ascendência biológica do indivíduo é um direito personalíssimo, fundamental para a plena estruturação da sua integridade psíquica. A ligação filogenética entre pais e filho biológico é inegável e incontestável, visto que a herança genética constitui elemento substancial que individualiza o ser humano das demais pessoas, simbolizando a sua dimensão absoluta na vida em sociedade. À luz do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana (...) o direito do adotado à identidade genética é essencial para a garantia da sua historicidade pessoal, bem como para o pleno desenvolvimento e proteção da sua integridade psíquica”⁵⁶.

5.6. Relação entre a alteração da mentalidade e do tempo.

Se se alterar a mentalidade no que diz respeito tanto à importância dos danos psicológicos para a vida da criança como no que diz respeito à sobrevalorização dada às relações biológicas, mais depressa e eficazmente intervirão a Comunidade e o Estado em defesa dos interesses do menor e menos dificuldade se terá na decisão que

⁵⁵ *op. cit.* p. 751

⁵⁶ CECATTO, Samara de Aguiar “O direito do adotado à identidade biológica”, PUC Rio Grande do Sul, 2010. p. 1

implique a quebra de vínculos e a ruptura com a família de origem que tanto custa aos decisores, mesmo quando no processo de promoção e protecção já se tenham mostrado destruídos, e sem real valor para a família biológica, os laços afectivos e emocionais.

Concordamos que “infelizmente, intervém-se pouco e mal. Intervém-se pouco porque se confunde intervenção com intromissão, com invasão, como comecei por referir. Decorrentemente intervém-se mal porque quando a solução é preconizada, já decorreu muito tempo, tempo demais na vida de uma criança ou de um jovem. Por razões culturais, a que é subjacente, ainda, a ideia de que os pais, por o serem, têm direitos sobreponíveis aos direitos das crianças, por medo de decidir ou de promover decisão, por laxismo ou por inaptidão ou incompetência, os processos arrastam-se meses e anos sem que a resolução do caso seja tomada, com abordagens inúteis, como repetidos pedidos de inquéritos, requisições de certidões, envio de ofícios (na era da facilidade de comunicação), enquanto a criança vai esperando e vai crescendo com muito sofrimento, com danos físicos e emocionais cujas repercussões na saúde física e mental são muitas vezes irreparáveis”⁵⁷.

Esta alteração da mentalidade, que originará a adequação da letra da lei à realidade da vida da criança em perigo ou a melhor interpretação ou aplicação das normas do regime já existente terá uma influência e impacto directos na maior celeridade para as decisões definitivas e para que a criança aproveite o seu tempo útil de infância para o desenvolvimento pleno das suas capacidades.

5.7. Real cooperação/formação de verdadeira equipa na decisão do futuro do menor.

A equipa que trabalha em conjunto com o menor para que seja prosseguido o seu melhor interesse e lhe seja proporcionada a oportunidade de uma vida com qualidade e de um futuro com oportunidade já foi referido *supra*. Esta equipa não é composta, nem pode ser, apenas pelo Juíz e pelo Ministério Público ou o representante da Comissão. Esta equipa tem de ter como membros todos os profissionais que contactam com o menor e que podem contribuir com informações

⁵⁷ FONSECA, Carla “A Protecção das crianças e Jovens: factores de legitimação e objectivos” in *Direito Tutelar de Menores, o sistema em mudança*, Coimbra Editora, 2002. p. 12 e 13

sobre a sua vida, desenvolvimento, capacidades e expectativas. Têm de haver comunicação, sempre que seja viável, directa e pessoal entre o Juiz e todos os psicólogos, os técnicos de serviço social, psiquiatras, pediatras, médicos de outras áreas da saúde, professores, educadores, auxiliares de educação, familiares das famílias de acolhimento ou técnicos da instituição que tenham contactado com a criança e que possam contribuir para uma decisão que vá ao encontro do real interesse superior do menor.

Esta cooperação e comunicação terão de ser conjugados com uma formação dos profissionais do Direito que lidam com processos de promoção dos direitos e protecção de jovens em perigo. É necessária uma formação básica para se saber evitar erros crassos quando há falhas de comunicação entre a equipa. Por que o Juiz e o Magistrado do MP “saberão ser bons psicólogos? Bons psiquiatras? Bons técnicos de serviço social? Bons mediadores?”⁵⁸. Parece que, ainda que saibam, por terem talento natural, sensibilidade, não é esse o seu papel, já foi muito extensa a sua formação e já são muitas as exigências do seu papel. E é para isso que se entende necessária a colaboração de toda uma equipa multidisciplinar.

Mas quando deve o Juiz receber e conversar com a criança? – Que se entende ESSENCIAL – É aí que se deve apostar na formação. Uma formação que permita ajudar o Juiz a lidar com a proximidade, sensibilidade que se exige num contacto com uma criança ou jovem que vivem uma situação difícil, conseguindo ainda conjugá-las com uma “atitude interior de humildade, imposta pelo reconhecimento de que o nosso saber é sempre limitado, perante a complexidade das questões com que somos confrontados”⁵⁹ e com uma atitude de distanciamento de forma a garantir a imparcialidade essencial à sua função, “pois quem acalora em fazer triunfar qualquer das soluções em presença, ainda que seja a melhor, fará com que o reconhecimento da sua decisão não seja incondicional”⁶⁰.

⁵⁸ MORGADO, Maria do Rosário “O Tribunal e as acessórias” in *Direito Tutelar de Menores: o sistema em mudança*, Coimbra Editora, 2002. p. 76

⁵⁹ *Op. cit.* p. 76

⁶⁰ *Op. cit.* p. 77

5.8. Contacto real entre o decisor (Juiz) e o alvo da decisão (menor).

Demonstrou-se já a importância do contacto real entre o Juiz e a criança ou o jovem em perigo. Se não for exequível uma conversa directa, que aconteça um contacto pessoal entre o Juiz e o profissional competente que teve contacto directo com o menor e com ele criou uma relação de confiança sem qualquer influência externa da família biológica ou de testemunhas.

Se não houver qualquer contacto directo com a criança, se a criança não for ouvida, conhecida, que sejam ouvidos quem com ela contactou directamente e que, assim, realmente ajudará a defender os seus interesses. Se não é, na realidade, dada importância nem à audição pessoal da própria criança pelo decisor, nem à audição pessoal pelo decisor de quem contactou com a criança e cujo papel é entender o que se passa na vida da criança sem influência de outros pontos de vista da família de origem e de terceiros, como pode o Juiz chegar a uma solução que realmente ponha em primeiro lugar o superior interesse da criança, se ouve, e muito, a família, que terá os seus interesses protegidos pelos seus próprios advogados, mas não chega a saber qual o melhor interesse da e para a criança em cada caso concreto. Responder-se-á que a criança tem o MP para a defender, para zelar pelos seus interesses, mas, sem se confundir os exemplos com comparações relativamente à criança, apenas se compara as consequências de decisões tomadas no escuro, como pode o governante zelar pelos interesses de um povo cujas necessidades desconhece? Ou como pode o médico tratar uma doença sem saber qual o medicamento que vai curar? Ou, até, como pode o médico entender qual é a doença se o próprio doente a ocultar? Então como pode o MP saber como defender o melhor interesse da criança se não conseguir entender o perigo por este estar escondido entre a defesa da família e os demasiados obstáculos entre ela e o decisor? O decisor não tem meios eficazes para, através dos professores, psicólogos e técnicos de serviço social, saber o ponto de vista do que se passa na vida criança, pontos de vista que certamente terão mais formação para analisar os pais e a criança (no ponto de vista psicológico, psiquiátrico, das condições *in loco*) do que um Juiz ou um magistrado do MP que não têm formação de psicólogos ou de auxiliares de educação, ou de assistentes sociais. Cada um com a sua formação.

Então, não se pretende uma solução de forma a que seja para aqui válida a ironia de Gustavo Mônaco, quando afirma que "no melhor dos mundos, naquele mundo do dever ser, parece-me sinceramente que o juiz de direito encarregado de

questões ligadas aos jovens (juiz de família ou da infância e juventude) não deve ser um funcionário assoberbado de trabalho, havendo tempo, consequentemente, para travar contato direto com a criança, seja qual for a sua idade. Nesse mundo de sonhos e em certa medida utópico, o juiz de família ou da infância e juventude mantém em seu gabinete uma caixa de lápis de cor, outra de giz de cera, papel, jogos, livros de histórias, ganhando a confiança da criança por meio de uma aproximação paciente e criteriosa. Desse contato convence-se, ou não, a respeito da eventual maturidade do jovem e decide, com vistas à realização de seu melhor interesse, a respeito da oitiva da criança"⁶¹.

O que se pretende é que seja dada ao decisor uma visão do ponto de vista da criança e, de alguma forma e em algum momento, só da criança, seja com o contacto directo com ela ou com o contacto directo e pessoal com quem com ela “trabalhou”, quem a analisou, quem criou um laço e uma relação de confiança com a criança suficiente para fazê-la exteriorizar o que há de errado.

⁶¹ MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. "Atribuição da guarda na desunião dos pais: reconstrução do instituto a partir da figura primária de referência" in *Questões controvertidas no direito de família e das sucessões*. São Paulo: Editora Método, p. 105-128, 2006, p.121.

CONCLUSÃO

O incumprimento das responsabilidades parentais pela família é a causa primária da intervenção do Estado e da comunidade na vida das crianças e dos jovens em perigo. É, muitas vezes, apenas através desta intervenção que se garante a segurança, alimentação, educação e afectos necessários ao desenvolvimento integral destes cidadãos.

Apesar de, em geral, se considerar o sistema existente no ordenamento jurídico português eficaz, no que diz respeito às normas em vigor, notam-se algumas lacunas ou falhas que não mais se enquadram com a realidade actual. As lacunas no texto da lei, as falhas na sua execução.

No zelo e no respeito pelo superior interesse da criança defende-se que, quando existe uma dúvida, razoável, uma suspeita fundamentada, ainda que leve, de que a criança está perante situação de perigo que possa originar danos físicos ou psicológicos graves, deve arriscar-se a que a criança sofra o trauma menor de uma separação brusca dos pais, e que mais tarde se verifica injustificada, para que não se arrisque a que a criança sofra o duplo trauma, maior e mais difícil de recuperar, da quebra de confiança primeiro relativamente ao progenitor ou guardião e depois a descreditação no inteiro sistema jurídico e na sociedade que a deveriam proteger e que se repercutirá na sua conduta durante a sua idade adulta. Conclui-se que esta solução é a melhor tanto para os interesses da criança como para os da comunidade. Esta opinião é partilhada não apenas por juristas e outros operadores do Direito, como pelos intervenientes profissionais nos processos de Promoção e Protecção.

Na adopção de medidas de promoção e protecção que acompanham e apoiam, limitam ou inibem o exercício das Responsabilidades Parentais pela família de origem não se pode confundir a ordem pela qual as medidas do artigo 35º., número 1, da LPCJP estão elencadas, que diz respeito à gravidade da situação de perigo em que se encontra a criança e, assim, ao grau de afastamento relativamente aos pais (família de origem) que a criança em perigo necessitará para a sua protecção, com a ordem de preferência da sua aplicação. A preferência da aplicação deve respeitar o princípio do superior interesse da criança ou do jovem e do direito que têm a um desenvolvimento integral em tempo útil.

Na análise das consequências de um desenvolvimento desequilibrado das capacidades intelectuais e afectivas da criança ou o jovem em perigo, conclui-se pela necessidade da desmistificação da importância da relação biológica ou dos laços de sangue. É urgente uma abertura na mentalidade da sociedade actual, já em transformação, que ainda prejudica o futuro de inúmeras crianças e jovens em perigo.

Com esta tese não se pretende retirar a influência positiva e fundamental que tem a preservação das relações familiares biológicas quando estes laços se fundam numa relação saudável e afectuosa entre a criança e a família. Nem de forma alguma pretende confundir-se as relações biológicas com o direito à identidade biológica.

Entende-se que nos casos em que a relação entre o filho e os pais biológicos vai ao encontro do superior interesse da criança, a preservação destes laços é indiscutivelmente mais favorável que qualquer outra ligação afectiva onde não há partilha da mesma informação genética nem da mesma história familiar.

Segundo Maria Teresa Ribeiro⁶², existem duas funções fundamentais inerentes ao ser humano que são preferencialmente realizadas pela família. *“A primeira reside em assegurar a continuidade do ser humano no sentido de a família ser uma comunidade que nasce, cresce, procria, decresce e morre, continuando-se ao longo das gerações”* e *“A segunda função que, de certa forma decorre da primeira, consiste na articulação entre o indivíduo e a sociedade, conseguindo com equilíbrio o estar bem consigo próprio e o estar bem com os outros, ou seja, adequar individuação (nas dimensões afectiva, cognitiva e comportamental) e socialização”*.

A primeira função é claramente melhor desempenhada quando se está perante uma família biológica que proporciona uma ascendência comum e uma continuidade nas gerações. No entanto, entende-se que a segunda função prevalece, pois ainda que decorra da primeira não a tem como condição de existência.

Sendo importante que a criança se sinta integrada na família, mais importante que a genética é a afectividade, o equilíbrio, a segurança e o desenvolvimento do menor que se sente parte da sua família, seja a de origem ou não.

No entanto, reafirma-se, com a defesa desta tese não se nega a relevância incontestável da ligação filogénica entre pais e filho biológico. A herança genética constitui elemento substancial que não só individualiza o ser humano das demais

⁶² RIBEIRO, Maria Teresa “Família e Psicologia. Traços da Família Portuguesa” Direcção-Geral da Família do Ministério do Emprego e da Segurança Social, 1994. pp. 57 a 76

pessoas, como simboliza a sua dimensão absoluta na vida em sociedade. Assim, a busca pelo conhecimento da ascendência biológica do indivíduo é um direito personalíssimo, fundamental para a plena estruturação da sua integridade psíquica.

Se “depressa e bem não há quem” não se defende que a decisão judicial no processo de promoção e protecção da criança ou do jovem em perigo, ou mesmo a decisão de entidade competente, seja feita de forma rápida com o único intuito de diminuir o período de tempo de incerteza em que vive o menor ou o número de processos acumulados. Defende-se, sim, que os processos sejam finalizados com celeridade e qualidade. Eliminando-se expedientes dilatórios, requerimentos dispensáveis e relatórios morosos e substituíveis por contactos pessoais com os profissionais deles encarregados. Contacto este que permite não só assegurar que o interesse da criança ou do jovem em perigo é analisado de forma clara mas também uma maior assertividade e sucesso da decisão.

A qualidade da decisão afecta a vida do menor, mas é impossível prever-se acertadamente o sucesso da decisão ou o seu impacto na vida do menor. No entanto, a morosidade das decisões afecta o tempo útil da infância para o desenvolvimento integral da criança e agrava a qualidade de vida da criança.

Esta repercussão negativa da morosidade na vida da vítima de maus tratos ou negligência é mais acentuada quando se está perante situação que envolva maus tratos psicológicos e emocionais, por estes não serem encarados como motivo de urgência e de perigo para a integridade psicológica do ser humano a curto e a longo prazo.

Assim, os danos psicológicos causados em crianças e jovens quando se encontram em perigo estão inteiramente relacionados com a sua qualidade de vida futura e com a necessidade de celeridade nas decisões em Processos de Promoção e Protecção de crianças e jovens em Perigo. A morosidade das decisões, por sua vez, tem também influência directa na diminuição da qualidade de vida do menor que não usa o tempo útil de criança para desenvolver plenamente as suas capacidades, ficando prejudicado o seu desenvolvimento integral. Esta morosidade é, num seguimento, muitas vezes causada tanto pela dificuldade em admitir-se que muitas vezes o melhor interessa do menor não se encontra no seio da família de origem quanto pela fraca comunicação que existe entre decisores e a criança ou decisores e profissionais intervenientes no processo que facilitariam um melhor entendimento do que se apresente como o superior interesse do menor, no caso concreto.

Assim, seja pelo tempo, pela mentalidade ou pelas dificuldades que envolvem o processo, o cumprimento ou a execução das decisões, há ainda um necessário caminho a percorrer para que a intervenção do Estado e da comunidade na vida das crianças e dos jovens em perigo lhes possibilite, com menos demoras e hesitações, uma garantia efectiva do seu direito ao desenvolvimento integral, à família, à educação, à saúde e à protecção.

BIBLIOGRAFIA

ABREU, Carlos Pintode/SÁ, Inês Carvalho/RAMOS, Vânia Costa “Protecção, Delinquência e Justiça de Menores” Edições Sílabo, 2010.

AGRA, Cândido/CASTRO Josefina, “La justice des mineurs au Portugal. Risque, responsabilité et réseau”, in *La justice pénale des mineurs en Europe. Entre modèle welfare et inflexions néolibérales*. Paris. L’Harmattan, 2007.

BAINHAM, Andrew “Parents and children – The Family, Law & Society” Ashgate, 2009

BATALHA, Luís “Breve análise sobre o parentesco como forma de organização social”, pelo Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas, Lisboa, 1995

BIEHAL, Nina/ELLISON, Sarah/BAKER, Claire/SINCLAIR, Ian. “Characteristics, outcomes and meanings of three types of permanent placement – adoption by strangers, adoption by carers and long-term foster care” in *Study by Social Policy Research Unit*, University of York, Setembro 2009

BELSKY, J. “Modern evolutionary theory and patterns of attachment” in J. Cassidy & P.R. Shaver (Eds.) *Handbook of attachment: Theory, research and clinical applications* (pp. 141-161) New York: Guilford Press. 1999

BOLIEIRO, Helena “A criança vítima: Necessidades de protecção e articulação entre intervenções” in *JULGAR*, Edição da Associação Sindical dos Juizes Portugueses (12 Especial), pp. 141 a 152, Setembro-Dezembro 2010, Coimbra Editora, 2010.

BOLIEIRO, Helena/MONTEIRO, Paula Filomena P./PARENTE, José Sequeira/RODRIGUES, Maria Inês V. “O menor em perigo, a sua promoção e encaminhamento para adopção” in *Trabalhos do Curso de Pós-Graduação Protecção de Menores pelo Prof. Doutor F. M. Pereira Coelho I*, Coimbra Editora, 2002.

BOLIEIRO, Helena/GUERRA, Paulo “A Criança e a Família - Uma Questão de Direito(s)” Coimbra Editora, 2009.

BORGES, Beatriz Marques “Protecção de Crianças e Jovens em Perigo. Comentários e Anotações à Lei n.º 147/99 de 1 de Setembro” Almedina, 2011.

CARREIRA, João Paulo Ferraz “As situações de perigo e as medidas de protecção” in *Direito Tutelar de Menores: o sistema em mudança*, Coimbra, Coimbra Editora, 2002.

CARVALHO, Artur da Silva “O Processo Judicial de Promoção e Protecção” in *Compilações Doutrinais*, Editora Verbo Jurídico, Dezembro 2008

CECATTO, Samara de Aguiar “O direito do adotado à identidade biológica”, PUC Rio Grande do Sul, 2010

CEIA, Ana Filipa/GAUTIER, Diana/ROSA, Ana Rita/SILVA, Maria Teresa “O Lugar da Intervenção Social No Regresso da Criança à Família Biológica”, Instituto Superior De Serviço Social De Lisboa, 2006.

CLEMENTE, Rosa “Respostas sociais e institucionais: Recursos disponíveis” in *Direito Tutelar de Menores: o sistema em mudança*, Coimbra, Coimbra Editora, 2002.

COHEN, D.J. “Enduring sadness. Early loss, vulnerability, and the shaping of character” *The Psychoanalytic Study of the Child Series*, vol.45 (pp.157 a 178) 1990.

EPIFÂNIO, Rui “A promoção dos Direitos das Crianças e Jovens e a prevenção das situações de perigo” in *Direito Tutelar de Menores: o sistema em mudança*, Coimbra, Coimbra Editora, 2002.

FATTORE, T./MASON, J./WATSON, E. “Children’s Conceptualization(s) of their Well-being” in *Indicators of Children’s Well-being, Theory and Practice in a Multicultural Perspective*, Springer, 2009.

FLORES, Vanda de Souza “Traumas da infância e suas consequências nas várias etapas da existência humana”, Instituto Superior de Ciências da Saúde, Salvador-BA, 2008.

FONSECA, Carla “A Protecção das crianças e Jovens: factores de legitimação e objectivos” in *Direito Tutelar de Menores: o sistema em mudança*, Coimbra, Coimbra Editora, 2002.

FREUD, S. “Estudos sobre a histeria.” (estudos de 1893 a 1895) in *Edição standard brasileira das obras psicológicas completas de Sigmund Freud. v. 2, (pp.13-308)* Rio de Janeiro, Imago, 1974.

FREUD, S. “Sinopses dos escritos do Dr. Sigmund Freud: a etiologia da hysteria” (1896) in *Edição standard brasileira das obras psicológicas completas de Sigmund Freud. v. 3 (pp.253-83)* Rio de Janeiro, Imago, 1974.

FROST, Nick “Rethinking children and families: the relationship between the child, the family and the State”, Continuum, 2011.

GIARDINI, Federica “The concept of “legal family” in modern legal systems: a comparative approach”, University of Padua, Italy. Acedido a 28 de Fevereiro de 2012.

GROSSMANN, K./GROSSMANN, K. E./KINDLER, H. “Early care and the roots of attachment and partnership representations: The Bielefeld and Regensburg Longitudinal Studies.” in K. Grossmann, K.E. Grossmann & E. Waters (Eds.) *Attachment from infancy to adulthood* (pp. 98-136) The Guilford Press. 2005.

GUERRA, Paulo “As Responsabilidades Parentais – as quatro mãos que embalam o berço” in *Estudos em Homenagem a Rui Epifânio*, Almedina, 2010.

HEIM, C./NEMEROFF, C.B. "The role of childhood trauma in the neurobiology of mood and anxiety disorders: preclinical and clinical studies", *Biological Psychiatry* n°49, 2001.

Instituto de Apoio à Criança "O Superior Interesse da Criança na perspectiva do respeito pelos seus direitos", in <http://www.scribd.com/doc/15583828/O-Superior-Interesse-da-Crianca-na-perspectiva-do-respeito-pelos-seus-direitos>, Abril de 2008

KAPLAN, M.J./KLINETOB, N.A. "Childhood emotional trauma and chronic posttraumatic stress disorder in adult outpatients with treatment-resistant depression" *The Journal of Nervous and Mental Disease*, n°188, 2000

KAPLAN, S.J./ LABRUNA, V./PELCOVITZ, D. "Child and adolescent abuse and neglect research: a review of the past 10 years. Part I: Physical and emotional abuse and neglect." *Journal of the American Academy of Child and Adolescent Psychiatry*, N°38 (pp. 1214 a 1222) 1999.

KELLERHALS, Jean/LEVY, René/WIDMER, Eric "Modern family or modernized family traditionalism?: Master status and the gender order in Switzerland" in *Electronic Journal of Sociology*, 2002.

KIRTON, Derek "Child Social Work Policy and Practice" Sage, 2009.

LEANDRO, Armando Gomes "Direitos da criança e comunidade", in *Estudos em Homenagem a Rui Epifânio*, Almedina, 2010.

LEANDRO, Armando Gomes "Protecção dos Direitos da Criança em Portugal" in *Direitos das Crianças*. Coimbra. Coimbra Editora, 2004

MARTINHO, Edmundo "As famílias, as respostas sociais e as parcerias" in *Direito Tutelar de Menores: o sistema em mudança*, Coimbra, Coimbra Editora, 2002.

MARTINS, Paula Cristina "O acolhimento familiar como resposta de protecção à criança sem suporte familiar adequado" in repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/5664/1/Texto.pdf

MIMOSO, Maria João "Parecer Jurídico Alteração da Regulação das Responsabilidades Parentais" in *Compilações Doutrinárias*. Editora Verbo Jurídico. Novembro 2012

MONACO, Gustavo Ferraz de Campos "Atribuição da guarda na desunião dos pais: reconstrução do instituto a partir da figura primária de referência" in *Questões controvertidas no direito de família e das sucessões*. São Paulo: Editora Método, 2006.

MORGADO, Maria do Rosário "O Tribunal e as acessórias" in *Direito Tutelar de Menores: o sistema em mudança*, Coimbra, Coimbra Editora, 2002.

NAM, Charles B. “The Concept of The Family: Demographic and Genealogical Perspectives” in *Sociation Today - The Official Journal of North Carolina*, Vol. 2, N.º. 2, 2004.

ORNELAS, José “Psicologia Comunitária”, Editora Fim de Século, 2008.

PEDROSO, João “O ministério Público e o apoio técnico aos Tribunais: dois factores de crise ou de sucesso da nova Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo” in *Direito Tutelar de Menores: o sistema em mudança*, Coimbra, Coimbra Editora, 2002.

PINHEIRO, Jorge Duarte “O Direito da Família Contemporâneo”, 3ª Edição A.A.F.D.Lisboa, 2010.

RAMIÃO, Tomé d’Almeida “Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo Anotada e Comentada”, 5ª Edição QUID JURIS, 2007.

RIBEIRO, Alcina Costa “Autonomia de criança no tempo de criança” in *Estudos em Homenagem a Rui Epifânio*, Almedina, 2010.

RIBEIRO, Maria Teresa “Família e Psicologia. Traços da Família Portuguesa” Direcção-Geral da Família do Ministério do Emprego e da Segurança Social, 1994

RODRIGUES, Anabela Miranda “O superior interesse da Criança” in *Estudos em Homenagem a Rui Epifânio*, Almedina, 2010.

SALVATERRA, Maria Fernanda “Vinculação e Adopção”, UNL, ISPA, Dissertação de Doutoramento em Psicologia Aplicada - Psicologia Do Desenvolvimento, 2007

SANTOS, Boaventura de Sousa *et al.*, Relatório “Os Caminhos Díficeis da “Nova” Justiça Tutelar Educativa. Uma avaliação de dois anos de aplicação da Lei Tutelar Educativa”. Observatório Permanente da Justiça Portuguesa do Centro de Estudos Sociais da Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra, 2004.

SOTTOMAYOR, Maria Clara “A autonomia do Direito das Crianças” in *Estudos em Homenagem a Rui Epifânio*, Almedina, 2010.

WEINFELD, N. S./SROUFE, A./EGELAND, B./CARLSON, E. “The nature of individual differences in infant-caregiver attachment” in J. Cassidy & P. R. Shaver (eds.) *Handbook of Attachment: theory, research and clinical applications* (pp. 68 a 88) New York. The Guilford Press, 1999.

Links:

- <https://www.pgdporto.pt>
- http://www.educacao.te.pt/pais_educadores/index.jsp?p=86&id_art=54
- <http://www.scribd.com/doc/15583828/O-Superior-Interesse-da-Crianca-na-perspectiva-do-respeito-pelos-seus-direitos>
- repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/5664/1/Texto.pdf